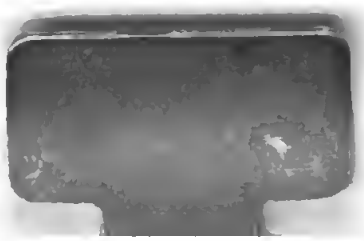
Decis.
36.cn

Decis.

Dernburg

36 cn



Digitized by Google

<36633736010012

<36633736010012

Bayer. Staatsbibliothek

Decis.
36cn

Rechtsgutachten

über den

zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit

bezüglich der

Festungswerke bei der Stadt Basel

mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen

erstattet

von

Dr. Heinrich Dernburg,
ord. Professor der Rechtswissenschaft an der Universität Halle.

Halle,
C. E. M. Pfeffer.
1862.

D. 16

Dec. 36 cn Dernburg

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Rechtsgutachten

über den

zwiſchen den Kantonen Baſel-Landſchaft und Baſel-Stadt obwaltenden Streit

bezüglich der

Feſtungswerke bei der Stadt Baſel

mit Rückſicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen

erſtattet

von

Dr. Heinrich Dernburg,
ord. Profeſſor der Rechtswiſſenſchaft an der Univerſität Halle.

Halle,
C. E. M. Pfeffer.
1862.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Vorwort.

Der Verfaſſer erlaubt ſich das folgende Rechtsgutachten dem größern juriſtiſchen Publikum vorzulegen, theils weil der Rechtsſtreit, um den es ſich handelt, ſchon durch ein Gutachten von Ihering allgemeineres Intereſſe auf ſich gezogen hat, theils weil derſelbe Gelegenheit gibt, eine ſcharfe Auffaſſung des Begriffs und der juriſtiſchen Stellung der öffentlichen Sachen, auf die wir in unſren Erörterungen näher eingehen mußten, zu fördern.

Für den, welchem die älteren Gutachten nicht vorliegen, ſei bemerkt, daß, als in Folge der Bewegung der dreißiger Jahre ſich der Kanton Baſel in zwei Halbkantone Baſel-Stadt und Baſel-Landſchaft trennte, das geſammte Staatsvermögen durch ein eidgenöſſiſches

Schiedsgericht ausgeſchieden und vertheilt wurde; insbeſondre wurde auch über die Feſtungswerke bei der Stadt Baſel unterm 19. November 1833 bereits ein Urtheil gefällt, das anhangsweiſe abgedruckt iſt und um deſſen Auslegung ſich der Rechtsſtreit dreht.

Einleitung.

§. 1. Die hohe Regierung des Kantons Basel-Landschaft hat den Unterzeichneten zur Abgabe seiner rechtlichen Ansicht über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel aufgefordert.

Außer der im Jahre 1834 zu Aarau erschienenen „aktenmäßigen Darstellung der Basler Theilungssache" wurden uns folgende gutachtliche Aeußerungen vorgelegt, die in unsrer Ausführung unter der Nummer citirt werden sollen, unter der sie hier aufgeführt sind.

I. Gutachten betreffend die Rechte, welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen, von Dr. J. Rüttimann Professor, Zürich 22. August 1859.

II. Einige Bemerkungen über das Gutachten betreffend die Rechte u. s. w. von Dr. F. L. v. Keller, Berlin 10. Januar 1860.

III. Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Basler Festungswerke und Erwiederung u. s. w. von Dr. J. Rüttimann, Zürich 21. Februar 1860.

IV. Rechtsgutachten die Festungswerke der Stadt Basel betreffend von Dr. F. L. v. Keller, Berlin 3. August 1859 — erst im Jahre 1861 veröffentlicht.

Digitized by Google

V. Der Streit über das Eigenthum an den Festungswerken: Zürich, Druck von Orell und Fueßli 1861 (Beil. der Neuen Züricher Zeitung Nr. 321.).

VI. Der baslerische Schanzenprozeß, Beil. zu Nr. 306. der „Basler Nachrichten."

VII. Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt, ein Rechtsgutachten von Rudolph Ihering, Geh. Justizrath und Professor zu Gießen vom 15. Januar 1862.

Diese Gutachten sind, mit Ausnahme der beiden von Rüttimann abgegebenen, der Vertheidigung des Rechts von Basel-Stadt gewidmet. In der verschiedensten Weise der Darstellung ausführlich und kürzer vertreten sie alle gleich entschieden, die Sache dieses Kantons, nicht nur mit den Waffen der juristischen Argumentation, Ironie und Spott wurden von Anfang an in nicht minder reichem Maaße benutzt. Es ist Basel-Stadt gelungen, Autoritäten, die in der deutschen Wissenschaft den ersten Rang einnehmen, als Vorkämpfer für seine Ansichten zu gewinnen. Neben diesen Koryphäen, welche ihre feine und scharfsinnige Dialektik und den Schatz ihrer Kenntnisse zu seinen Gunsten verwenden, erscheinen andre Schriftsteller, welche in populärer Weise die Ansprüche von Basel-Stadt plausibel zu machen und die öffentliche Meinung zu gewinnen suchen.

Unter diesen Umständen wäre eine Entgegnung keine leichte Sache, wenn wir nicht in dem wohlbegründeten Rechte von Basel-Land, das durch die höchste Geisteskraft nicht verdunkelt werden kann, den besten Bundesgenossen fänden.

Möglich ist, daß uns eine bereits festgestellte öffentliche Meinung entgegentritt. Es würde uns dies nicht bedenklich machen. Wollte sie sich — vielleicht künstlich hervorgerufen, — in den Gerichtssaal drängen, wollte sie versuchen das Zünglein in der Wage der Gerechtigkeit zu lenken, so würde das höchste

Gericht der Eidgenoſſenſchaft die unberufene Einmiſchung nicht dulden. Ueber den veränderlichen Strömungen der öffentlichen Stimme ſteht ihm hoch und feſt als Schützerin der Staaten und der Einzelnen das Princip der Gerechtigkeit.

§. 2. Man wird im Folgenden nicht noch einmal von uns eine ausführliche Erzählung des Sachverhalts erwarten. Dieſer iſt in früheren Gutachten zur Genüge dargelegt.

Aus dieſen iſt auch bekannt, daß das ſchiedsgerichtliche Urtheil vom 19. November 1833 — welches bei getheilten Stimmen der Schiedsrichter durch Entſcheid des Obmanns Dr. F. L. Keller gefällt wurde — die feſtſtehende Norm für das Schickſal der die Stadt Baſel umgebenden Feſtungswerke und die Grundlage für die Entſcheidung der heute ſtreitigen Fragen bildet. Dieſem Urtheil wenden wir uns daher ſofort zu.

Der Gang, den wir hierbei einſchlagen, iſt folgender. Wir ſtellen zuvörderſt die leitenden Grundideen des Urtheils feſt, wobei es nothwendig ſein wird, näher auf den gemeinrechtlichen Begriff der öffentlichen Sachen einzugehen; dann erſt ſuchen wir die Vorausſetzungen und Bedingungen des dem Kanton Baſel-Landſchaft für den Fall der Schleifung der Feſtungswerke vorbehaltenen Rechts zu beſtimmen.

Erſter Abſchnitt.

Die Grundgedanken des Urtheils vom 19. November 1833.

I. Gegenſatz der öffentlichen und fiscaliſchen Sachen im römiſchen und gemeinen Recht.

§. 3. Das Urtheil vom 19. November 1833 legt in Motiven und Dispoſition der Entſcheidung die Eintheilung der Staatsſachen in einfaches fiscaliſches Eigenthum und in

Objecte die dem bürgerlichen Verkehr entzogen ſind zu Grunde. Wir bezeichnen die letzteren nach den Quellen des gemeinen Rechts ſpeciell als öffentliche Sachen *).

Es wäre nur an und für ſich denkbar, daß der Urtheilsverfaſſer von einer ganz abſonderlichen Auffaſſung der Sachen der letzteren Art ausgegangen wäre, daß er dieſelbe ganz anders beſtimmt hätte, als die Quellen, welche dieſe Eintheilung zuerſt aufſtellten, als die neueren Juriſten, welche dieſelbe aufnahmen. Inſoweit ſich hierauf eine Dispoſition des Urtheils gründete, würde hierin heutzutage gleichwohl res judicata zu ſehen ſein.

Aber unterſtellen läßt ſich weder Willkühr noch Irrthum. Bei jeder Auslegung eines zweifelhaften Urtheils iſt es vielmehr unbedenklich und natürlich, auf das Recht zurückzugehen, aus dem es zu ſchöpfen hatte, und hieraus die Erläuterung ſeiner Intentionen zu entnehmen. Je tiefer uns aber die Einſicht des urtheilenden Gerichts erſcheint, je bedeutender ſeine wiſſenſchaftliche Intelligenz und Tüchtigkeit war, deſto ſichrer iſt die Anwendung dieſes Interpretationsgrundſatzes, deſto beſtimmter dürfen wir annehmen, daß die formelle, für den einzelnen Fall feſtgeſtellte Wahrheit mit der materiellen allgemeingültigen zuſammentreffe.

---

*) Beſonders Ulpian ſtellt in l. 2. §. 3. §. 4. D. si quid in loco publico 43, 8. die loca publica, die öffentlichen Sachen, in Gegenſatz zu den res fiscales als quasi propriae et privatae principis. Derſelbe Juriſt definirt freilich umgekehrt in der 117. D. de V. S. 50, 17. die Privatgüter als die einzigen bona publica. — Inter publica habemus non sacra, nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt; sed si qua sunt civitatium bona, sed peculia servorum civitatum procul res dubio publica habentur. Statt non, non tantum zu ſubintelligiren iſt verkehrt, die Sache erklärt ſich dadurch, daß dieſe Stelle aus dem 10. Buch Ulpians ad edictum genommen iſt, wo von den Schulden der Städte und dem Concurs die Rede war (cfr. tit. D. quod cujusque univ. 3, 4.) Ulpian ſagt alſo nur: in ſolchen Concurs können res extra commercium nicht gezogen werden, vielmehr nur andre Sachen der Gemeinde (publica im weiteren Sinne).

Dies haben auch die Respondenten gefühlt, welche bisher unser Urtheil auszulegen suchten, sie haben mehr oder minder ausführlich den gemeinrechtlichen Begriff der öffentlichen Sachen zu entwickeln gesucht. Am eingehendsten und anregendsten hat dies Ihering gethan in dem Gutachten Nr. VII., obgleich er grade am entschiedensten in der Einleitung seines Gutachten die Hülfe und Unterstützung der Jurisprudenz perhorreseirt hat. Es liegt uns vor allem ob, den Gegnern auf dies Gebiet zu folgen, die wissenschaftliche Natur der öffentlichen Sachen zu bestimmen. Wenn wir aber hierbei hauptsächlich auf das römische Recht eingehen, so ist der Grund darin zu suchen, daß die Eintheilung der Staatssachen in öffentliche und fiscalische von der römischen Jurisprudenz aufgestellt wurde und von ihr aus in unsre modernen Rechtsvorstellungen übergegangen ist. Dem älteren deutschen Recht hingegen war der Gegensatz zwischen öffentlichen und Fisealsachen völlig fremd, man betrachtete beide Arten von Objecten gleichmäßig als im nutzbaren Eigenthum des Regenten stehend *). Daher hat es bis in die neueren Zeiten herab nicht an Schriftstellern gefehlt, welche die römische Unterscheidung für völlig unanwendbar und antiquirt erklärten **).

§. 4. Die großen Umwälzungen, welche seit Ende des vorigen Jahrhunderts die staatlichen Verhältnisse umgestalteten und eine schärfere Auffassung der Rechte und der Pflichten des Staats herbeiführten, haben der romanistischen Distinction im Gegensatz zum älteren germanischen Recht fast überall den Sieg verschafft.

---

*) cfr. 2. feud. 56. Sächs. L. R. II. art. 98. (ed. Göschen) des Küninges Straße soll sin also breit, daß ein Wagen dem anderen rümen möge. Eichhorn dutsch. Pr. R. §. 265.

**) Leyser medit. ad Pand. vol. I. spec. 25. Glück Pand. Bd. 2. S. 447.

In Frankreich griff die Geſetzgebung (code civ. art. 538 flgnde.) zum römiſchen Recht zurück, indem ſie unterſcheidet zwiſchen domaine nationale (pecunia populi) und domaine public.*) Zu dem letzteren werden namentlich Wege, Flüſſe, Häfen, aber auch Feſtungswerke**) gerechnet. In deutſchen Landen hat die Jurisprudenz die römiſchen Begriffe in Verbreitung gebracht und ihnen Anwendung gegeben.

Freilich entſtand — wie nicht zu leugnen iſt — durch den Gegenſatz der römiſchen Rechtsſätze mit den eingewurzelten germaniſchen Anſchauungen vielfach Ungewißheit, Zweifel und ſelbſt Verwirrung. Die Lehre von den öffentlichen Flüſſen mit ihren manichfachen Controverſen gibt hiervon beredtes Zeugniß.

Auch iſt ſicher nicht Alles von der römiſchen Lehre der res extra commercium lebensfähig und zur praktiſchen Verwerthung geeignet. Die Römer hielten ſogar den Vertrag, wodurch Private eine res extra commercium für den Fall ihres künftigen Eintritts in den Kreis der Verkehrsobjecte veräußerten, für nichtig***). Man fand in ſolchem Vertrag ein böſes Omen, das zu mißbilligen war, ja man ſah in deſſen Abſchluß eine unerlaubte Speculation auf das Verderben einer Gemeinde oder des Staatsweſens. Der modernen Anſchauung erſcheint ein ſolcher Contract als völlig unbedenklich, es exiſtirt kein Grund mehr ihm die Gültigkeit zu verſagen†).

---

*) Archiv der königl. preuß. Rheinprovinzen Bd. 52, drittes Heft S. 17.

**) Art. 540. Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses font aussi partie du domaine public.

Art. 541. Il en est de même des terrains, fortifications et remparts des places de guerre: ils appartiennent à l'état, s'ils n'ont été valablement alienés ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre lui.

***) §. 2. J. de inutit. stip. 2, 20, l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1.

†) Wächter würtemb. Pr. R. Bd. II. S. 285.

Indeſſen wie man auch über das Maaß der Anwendbarkeit der römiſchen Begriffe auf die heutigen Verhältniſſe dachte, ſo herrſchte doch bis in die neueſte Zeit über die Grundgedanken des römiſchen Syſtems kein Zweifel. Die Rechtslehrer ſtimmten darin überein, daß auch die öffentlichen Sachen im Eigenthum des Staates ſtünden und daß dieſes Eigenthum durch die Enthebung der Sache aus dem Privatverkehr nur ſichrer, unantaſtbarer geſtellt werden ſollte.

Dies iſt leicht durch Auszüge aus einigen der gangbarſten Handbücher und Compendien zu erweiſen.

Glück Pandekten Bd. 2. §. 170. theilt die Sachen, die im Eigenthum eines ganzen Volks oder Staats ſind, ein in ſolche deren Gebrauch nicht jedem Mitgliede zukommt und ſolche die ſo beſchaffen ſind, daß ſie eines jeden Bürgers gemeinem Gebrauch überlaſſen ſind.

Thibaut Pandekten §. 169. ſieht in den res publicae gleichfalls „Sachen die dem ganzen Staat gehören."

Mühlenbruch Pandekten §. 210. erklärt: publicae res iſt der Inbegriff der im Staatsgebiet belegenen Dinge, woran das Eigenthum dem Staate, das Gebrauchsrecht aber jedem rechtsfähigen Subjecte zuſteht.

Göſchen Pandekten I. §. 72. ſpricht ſich dahin aus: daß bei dieſen Sachen durch die Beſtimmung für den gemeinen Gebrauch der Begriff des Eigenthums nicht ausgeſchloſſen ſei.

Puchta äußert ſich Pandekten §. 35. dahin, von den Sachen „die im Eigenthum des Staates oder einer Gemeinde ſind, ſind dem Eigenthum der Privatperſonen ſchlechthin entzogen, die quae in publico usu habentur."

Arndts Pandekten 3. Aufl. 1859, zählt zu den res extra commercium

„3) res publicae im engern Sinn d. i. ſolche Sachen, welche

im Eigenthum des Staates oder einer Gemeinde befindlich zu öffentlichem Gebrauch bestimmt sind."

Diese Zeugnisse ließen sich in größter Zahl vermehren, sie sollen hier nur als Beleg dafür dienen, daß jene Auffassung allgemein verbreitet war und als unbestritten betrachtet wurde.

§. 5. Allerdings mag früher nicht jeder Jurist den Begriff der öffentlichen Sachen so klar und bestimmt erfaßt haben, wie die angeführten Rechtslehrer es thaten; theilweise abweichende Auffassungen mögen hie und da obgewaltet haben; eine bewußte selbstständige Opposition aber gegen die herrschende Ansicht trat erst in unsern Tagen bei Gelegenheit unsres Rechtsstreits hervor.

Vornehmlich suchte sie Ihering wissenschaftlich zu begründen. Nach seiner Ansicht stehen die öffentlichen Sachen in keiner Weise im Eigenthum des Staats. Denn die Qualität als res extra commercium kehre sich, behauptet er, nicht nur gegen die Möglichkeit der Begründung von Eigenthum in der Person der Privaten, sondern ebenso gegen die Verträglichkeit mit Eigenthum des Staates selbst. Der juristische Charakter der öffentlichen Sachen beruhe vielmehr ausschließlich in dem Gemeingebrauch der Bürger, darauf daß diese Sachen nicht einem einzelnen Individuum — auch nicht zunächst der juristischen Person des Staates als solcher — sondern einer unbenannten Vielheit von Personen bestimmt seien.

Neben diesem Gemeingebrauch sei ein Eigenthumsrecht des Staates nicht zulässig. Denn sollte das nicht bloß ein andrer Ausdruck für den Gemeingebrauch sein, so könnte es nur den Zweck haben, dem Staate denjenigen Ertrag jener Sachen zuzuwenden, der von ihnen nach gemachtem öffentlichem Gebrauch noch übrig bleibe. Wie unbedeutend würde derselbe aber sein, da ja der Gemeingebrauch die reale Nutzbarkeit der Sache regelmäßig so gut wie erschöpfe, wie winzig würde es sich jenem gegenüber ausnehmen. Das Gras und die Bäume in den öf-

sentlichen Anlagen und Wegen würden fast die einzigen Objecte jenes Rechts sein. Es würde hierin eine Verkehrung des Eigenthumsbegriffs liegen, indem man aus dem Secundären, Zufälligen, Gleichgültigen, das Principale, Wesentliche, Entscheidende mache. Es würde sich ein Eigenthum ergeben von dem der Nießbrauch von Anfang an und für immer getrennt sei. Das aber sei ein Eigenthum, welches sich selbst negire*). —

Was wir also Eigenthum des Staates oder einer Stadt nennten, sei nur die Rückseite des Gemeingebrauchs; stehe letzterer den Angehörigen des Staates zu, so schrieben wir dem Staate, stehe er den Einwohnern einer Stadt zu, so schrieben wir der Stadt das Eigenthum an der betreffenden res publica zu.

Beides, Eigenthum und Gemeingebrauch seien ungetrennt. —

Diesen Sätzen gegenüber stellen wir folgende Behauptungen auf und getrauen uns sie zu beweisen:

1) Für den Begriff des Eigenthumsrechts ist die Beschränktheit der Detailbefugnisse des Inhabers gleichgültig; es läßt sich nicht als Argument gegen das Eigenthum des Staats an den öffentlichen Sachen anführen, daß sein Einkommen aus denselben — in Folge des Gemeingebrauchs — unbedeutend ist.

2) Es gibt Sachen, die unbestritten im Privateigenthum Einzelner und zugleich auch im Gemeingebrauch Aller stehen. Eigenthumsrecht und Gemeingebrauch sind nicht bloß verschiedene Namen für dieselbe Sache und schließen sich nicht ihrer eigentlichen Natur nach aus.

3) Oeffentliche Sachen des Staats sind nach der Anschauung der römischen Juristen nur solche Objecte, die unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen und ihrer Substanz nach im Eigenthum des Staates stehen.

---

*) l. 56. D. de usufructu 7, 1.

I. Die erſte dieſer Behauptungen hat keinen ernſtlichen Widerſpruch zu fürchten. Der Ertrag des Eigenthums kann null ſein. Auf unſerm Boden kann ein Andrer das dingliche Recht der Superficies ohne Entgelt für immer erworben haben, wir bleiben Eigenthümer*); der Staat, die Gemeinde iſt zuweilen Eigenthümer eines Waldes, deſſen Geſammtnutzung auf einzelne Berechtigte übergeht. Trotz ſeiner Unſcheinbarkeit charakteriſirt ſich das Recht als Eigenthumsrecht, welches beim Wegfall andrer Gerechtſame von ſelbſt aufſteigt zu vollſtändiger Herrſchaft über die Sache. Solcher Geſtalt aber iſt grade das Recht des Staats an den öffentlichen Sachen. Nicht alſo um dem Staate den Anſpruch auf Gras und Bäume zu verſchaffen erklären wir ihn für den Eigenthümer der öffentlichen Anlagen, ſondern weil er Eigenthümer iſt, erhält er auch dieſe Nutzungen, mögen ſie bedeutend ſein oder unbedeutend.

II. Aber auch das ſcheint uns unſchwer darzuthun, daß eine Sache zugleich im Privateigenthum Einzelner und im Gemeingebrauch Aller ſtehen kann. Für die Flußufer beſtimmt die l. 5. D. de div. rer. 1, 8. „Flußufer ſtehen nach jus gentium im Gemeingebrauch (riparum usus publicus est jure gentium), daher iſt es Jedem erlaubt ſein Schiff ans Land anzulegen, es mit Seilen an den Bäumen zu befeſtigen, Netze dort zu trocknen, Laſten hinzuführen und dort niederzulegen, wie es Jedem freiſteht den Fluß ſelbſt zu befahren. Das Eigenthum jedoch ſteht (sed proprietas illorum est) denjenigen zu, deren Grundſtücke an den Fluß ſtoßen; deßwegen gehören dieſen auch die Bäume, welche dort wachſen" **).

*) l. 2. D. de superficiebus 43, 18. l. 19. pr. D. de damno inf. 39, 2.

**) §. 3. I. de rer. divis. 2, 1. l. 30. §. 1. D. de a. r. d. 41, 1. solum ipsum meum privatum est, usus autem publicus intelligitur. Andre römiſche Juriſten, z. B. Paulus, ſind freilich der Anſicht, es ſeien die Flußufer wie die Flüſſe in öffentlichem Eigenthum: l. 3. D. de fluminibus 43, 12. flumina publica quae fluunt ripaeque eorum publicae sunt. l. 65. § 1. D. de

Wäre die bekämpfte Theorie richtig, so müßten die Flußufer res publicae sein; ein Eigenthum der Privaten gesondert neben dem allgemeinen Gebrauch stehend wäre undenkbar!

Aber selbst die Wege, die Allen zum Gebrauch offenstehen, sind nicht immer nach der Theorie der römischen Jurisprudenz öffentliche, sie können im Privateigenthum bleiben.

Um dies nachzuweisen wollen wir uns erlauben auf eine Erörterung von Ulpian einzugehen, welcher in der l. 2. §. 22. D. ne quid in loco publico 43, 8. die Rechtsstellung der Wege einer genaueren Betrachtung unterwirft und insbesondre auseinandersetzt, daß die Vicinalwege, die doch entschieden dem Gemeingebrauch dienen, nicht immer öffentliche, sondern unter Umständen private seien.

Einige Wege sagt Ulpian sind (offenkundig) öffentliche, andre private, andre vicinales. Oeffentliche Wege sind alle die, welche die Griechen als die königlichen, wir als prätorische oder consularische bezeichnen. Privatwege sind die, welche Manche Feldwege nennen. — Vicinalwege sind die Wege in den Dörfern und die Wege, welche zu den Dörfern führen. Von diesen behaupten Manche, sie seien schlechthin öffentliche. Dies ist aber dann nicht richtig, wenn sie aus den Beiträgen von Privaten errichtet sind (si ex collatione privatorum hoc iter constitutum est). Anders freilich wenn sie nur aus Beiträgen der Privaten erhalten werden. Denn eine Straße die aus Beiträgen der Privaten erhalten wird ist nicht immer Privatweg (non utique privata est), die Erhaltung geschieht hier deswegen aus gemeinen Beiträgen, weil diese Stra-

---

a. r. d. 41, 1. Dies ist jedoch für unsere Erörterung von keiner Bedeutung, denn uns kommt es nur darauf an zu zeigen, daß es den Römern als möglich erscheint, daß an der gleichen Sache Gemeingebrauch besteht und Eigenthum von Privaten.

ßen allgemeinem Nutzen dienen. Conſequent unterſcheidet der Juriſt im folgenden Paragraphen zwei Claſſen von viae privatae, die einen welche einem Einzelnen in Folge privatrechtlicher Servituten offen ſtehen, die andern auf welchen Allen zu gehen erlaubt ſei (per quas omnibus permeare licet).

In gleicher Weiſe kann einem Privatmann, etwa einem Fabrikbeſitzer, bewilligt werden über ein öffentliches Gewäſſer eine hölzerne Brücke zu bauen unter der Bedingung, daß er ſie dem öffentlichen Gebrauch hingebe. Der Körper der Brücke kann hier gar wohl Eigenthum des Privatmannes ſein, er iſt berechtigt ſie wegzunehmen, das Material zu andern Zwecken zu verwenden. So lange aber das Bauwerk beſteht, iſt es Gegenſtand des Gemeingebrauchs.

III. Da eine Sache im Privateigenthum und doch auch im Gemeingebrauch ſtehen kann, ſo iſt es nicht der Gemeingebrauch *allein*, welcher eine Sache zur öffentlichen ſtempelt. Es muß ein *zweites* entſcheidendes Kriterium hinzukommen. Welches? darüber halten uns die römiſchen Juriſten die Antwort nicht vor.

l. 2. §. 21. D. ne quid in loco publico 43, 8, Viam publicam eam dicimus *cujus etiam solum publicum est*: non enim sicuti in privata via ita et in publica accipimus, viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit, viae autem publicae solum publicum est. Nur *der* Weg iſt ein öffentlicher, deſſen Boden auch ein öffentlicher iſt. Es läßt ſich dies nicht anders verſtehen, als daß der Boden im Staatseigenthum ſtehen muß. Schon hiermit ſcheint uns unſre dritte Behauptung entſchieden bewieſen, daß der Begriff der öffentlichen Sache fordre „Widmung zu öffentlichem Zweck" *und* „Eigenthum des Staates an der Subſtanz."

Wie innerlich nothwendig dieſe Betrachtungsweiſe den Römern erſchien, ergibt ſich daraus, daß ſie auch das Bett des öffentlichen Fluſſes für Staatseigenthum erklärten, und dann

wenn derſelbe ſeinen Lauf änderte, das neue von ihm gegrabene Bett als für den Staat confiscirt erachteten.

l. 1. §. 7. D. de fluminibus 43, 12. ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus *).

Nur von dieſer Auffaſſung aus erhalten wir auch die Möglichkeit, die öffentlichen Sachen des Staats und der Gemeinden genügend zu beſtimmen und auseinander zu halten. Nach Ihering (S. 43.) ſollen res publicae des Staats ſolche ſein, bei denen allen Angehörigen des Staats, res publicae der Stadtgemeinden aber diejenigen, bei denen den Angehörigen einer Stadt der Gemeingebrauch zuſtehe. Doch in derſelben Stadt ſind nicht ſelten einige Straßen Staats- andre ſtädtiſche Straßen. Beide können gleichmäßig von allen Staatsangehörigen ja auch Fremden benutzt werden. Dennoch zweifelt Niemand an ihrer juriſtiſchen Verſchiedenheit!

§. 6. Vielleicht wendet man ein, daß ſich bei den römiſchen Juriſten ſelbſt das Axiom findet, die res publicae ſeien res nullius in bonis.

In der That erklärte der Juriſt Gajus in der l. 1. pr. D. de rer. div. 1, 8. quae publicae sunt nullius in bonis esse creduntur. Das kann uns indeſſen nicht irren. Die ältere, unausgebildete römiſche Jurisprudenz mochte leicht zu jenem Ausſpruch gelangen. Ihr fehlte bei den Sachen des Staats die einzelne, phyſiſche, greifbare Perſon, der man das Eigenthum zuſchreiben konnte. Seit ſich aber der Begriff des Staates als einer juriſtiſchen Perſon feſtſtellte, hat ſich das geändert; man ſah ſeitdem mehr und mehr im Staat den Eigenthümer der öffentlichen Sachen. Schon im Munde von Gajus iſt jenes

*) cfr. l. 7. §. 5. l. 30. §. 3. D. de adq. rer. dom. 41, 1.

alte Axiom nicht mehr ernſt gemeint, denn er fügt unmittelbar zur Erläuterung hinzu, ipsius enim universitatis esse creduntur. Offenbar heißt bei ihm jener Satz, wie ſchon die Gloſſe erklärte, nur noch „nullius hominis privati, sed communitatis sunt.“

Spätere römiſche Juriſten haben hingegen den ältern Gedanken, der ſich eben überlebt hatte, gänzlich verworfen und grade die entgegengeſetzte Auffaſſung an die Stelle geſetzt. So entwickelt Ulpian folgendes viel richtigere Syſtem:

l. pr. D. de interdictis 43, 1.. interdicta reddantur, aut de his, quae sunt alicujus, aut de his, quae nullius sunt... Quae sunt nullius haec sunt: liberae personae... quae sunt alicujus haec sunt aut publica aut singulorum: publica de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis.

In ähnlicher Weiſe gebrauchen die Inſtitutionen Juſtinians die Begriffe.

§. 6. J. de rer. div. 2, 1. universitatis sunt, non singulorum, quae in civitatibus sunt, theatra, stadia et si qua alia sunt communia civitatum, nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae.

Es liegt hierin eine vollſtändige Anerkennung der von uns vertretenen Auffaſſung.

Mit ihr ſteht auch nicht im Widerſpruch, daß der Schutz der Integrität vieler der öffentlichen Sachen z. B. der Wege, der Plätze, der Flüſſe in die Hand der Privaten gelegt war, welchen Interdikte und Bauverbote zu dieſem Zwecke zuſtanden. Konnte der antike Staat zur Wahrung ſeiner Rechte bei den Privaten Mitwirkung und Förderung finden, ſo hatte er alle Urſache dieſelbe — bei der geringeren Zahl der Staats- und Polizeibeamten — zu benutzen. Daß es ſich aber hierbei in der That hauptſächlich um Schutz des Staats, nicht der Einzel-

nen handelte, ſpricht der Juriſt Paulus deutlich aus, indem er zur Erklärung des Satzes, daß wegen Bauten an öffentlichem Orte jeder Bürger ein Bauverbot einlegen könne, hervorhebt nam reipublicae interest quamplurimos ad defendendam suam causam admittere l. 4. D. de operis novi nunc 39, 1. Zudem war der Schutz der öffentlichen Sachen keineswegs ausſchließlich abhängig von der Intervention der Privaten. Die Verwaltung hat auch in Rom das öffentliche Eigengenthum gegen Verderb und ungerechtfertigte Anmaßung durch adminiſtrative Maßregeln geſchützt, wie uns dies vielfach bezeugt iſt *).

§. 7. War auf einem öffentlichen Platze ein Gebäude errichtet worden, ohne daß ein Private Einſprache gethan hatte, ſo ſollte daſſelbe nun nicht auf Antrag von Privatperſonen, die ſich durch den vollendeten Bau beeinträchtigt fühlten, niedergeriſſen werden. Nur die Obrigkeit konnte denſelben jetzt, wenn er dem Gemeingebrauch im Wege ſtand, zerſtören. Sonſt aber ſollte ſie dem Inhaber ein Bodengeld (ein solarium) als Abgabe auflegen.

Offenbar weiſt dieſes Bodengeld, das der Staat einzog, darauf hin, daß man denſelben als Eigenthümer des Bodens erachtete. Sonſt hätte hierin reine Willkühr und Erpreſſung gelegen. Der römiſche Juriſt hingegen, der uns dies berichtet, hebt ausdrücklich hervor: si non obstet (id aedificium usui publico, debebit) solarium ei imponere, vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo, quod pro solo pendatur (l. 2. §. 17. D. ne quid in loco publ. 43, 8.)

Wir ſehen, die römiſchen Staatsmänner verſchmähten es nicht den Ertrag, den das öffentliche Eigenthum dem Staat gewähren kann, in Empfang zu nehmen. So wird es auch nichts

*) l. 2. §. 17. §. 25. D. ne quid in loco publ. 43, 8.

Ungewöhnliches gewesen sein, daß Staat und Gemeinde, von Buden, Marktständen u. s. w., die auf öffentlichen Plätzen aufgestellt waren, einen Zins erhoben — Alles auf Grund ihres Eigenthums.

Daß man den Staat als Eigenthümer öffentlicher Sachen betrachtete, dafür gibt endlich noch eine entschiedne Probe und einen glänzenden Beweis die bekannte Institutionenstelle §. 39. J. de rer. div. 2, 1., welche vom Finden eines Schatzes handelt.

Gefundne Schätze — das ist das Prinzip, welches dieses Gesetz zunächst aufstellt, gehören zur Hälfte dem Finder und zur Hälfte dem Eigenthümer des Fundorts. Hieraus zieht unser Gesetz dann weiter die Consequenz (conveniens est), daß das an öffentlichem Orte Gefundne dem betreffenden Staat oder der Stadtgemeinde zur Hälfte anfalle. Offenbar wird also die juristische Person als Eigenthümerin des öffentlichen Orts betrachtet.

Man kann nicht mit Fug entgegnen, der locus publicus gehört Niemanden und deßwegen nimmt der Staat die Hälfte, die sonst dem Eigenthümer gehört, für sich. Dieser Gedanke war dem Gesetze fremd. Es betrachtet die den Göttern geweihten Orte, den locus sacer und religiosus wirklich als Objecte, die nullius sind*) — und den hier gefundnen Schatz theilt es eben deshalb dem Finder vollständig zu. Hätte es also die öffentlichen Sachen als nullius betrachtet, so hätte es ebensowenig dem Staat, und noch weniger der Stadtgemeinde ein Recht am Gefundenen zuschreiben können. Wir stellen das wichtige Gesetz noch einmal ganz hierher:

Thesauros, quos quis in suo loco invenerit divus Ha-

*) Daß hierüber die Verordnung von Marc Aurel und Verus l. 3. §. 10. D. de jure fisci 49, 14. von andern Ansichten zu Gunsten des Fiscus ausgieng, ist für die Auffassung des Gedankenganges der Institutionenstelle irrelevant.

drianus, naturalem aequitatem sequutus ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco non data ad hoc opera sed fortuito invenerit dimidium domino soli concessit et dimidium inventori. Et convenienter si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris et dimidium esse Caesaris statuit. Cui conveniens est, si quis in fiscali loco vel publico invenerit dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

Oeffentliche Sachen ſind alſo nicht weniger wie fiscaliſche Sachen im Eigenthume des Staates.

Und wie anders ſollte es ſich erklären, daß der Staat, die Gemeinde, wenn die bisherige Beſtimmung der Sache zum unmittelbaren Gebrauch wegfällt, ohne neuen Rechtserwerb in jeder beliebigen Weiſe über dieſelbe zu verfügen befugt iſt. Eine Gemeindeſtraße wird caſſirt, Niemand wird zweifeln, daß die Gemeinde das Dispoſitionsrecht über den Boden der ehemaligen Straße hat. Ein Kirchhof, den zwei Gemeinden gemeinſchaftlich anlegten, wird auf höhere ſtaatliche Verfügung aus geſundheitspolizeilichen Rückſichten geſchloſſen. Sollten die beiden Gemeinden nicht als Miteigenthümer angeſehen werden, ſollte die actio communi dividendo ausgeſchloſſen ſein? Oder ſollte der Boden als res nullius dem erſten Occupanten anheimfallen?

Das Eigenthumsrecht des Staats an den öffentlichen Sachen iſt aber freilich nicht einfaches Eigenthum, wie es Private innehaben. Das Eigenthumsrecht, wie es zu Gunſten von Privaten beſteht, hat für das Ganze nur untergeordnete Wichtigkeit. Es iſt mancherlei Beſchränkungen, mancherlei Gefahren ausgeſetzt, die bei eigentlichem Staatseigenthum nicht vorkommen ſollen. Deßhalb hat der Staat im allgemeinen Intereſſe, damit der öffentliche Nutzen ſolcher Sachen dauernd erhalten werde, ſeine Rechtsſtellung über die eines gewöhnlichen

Eigenthümers hinaus erhoben, sein Recht als ein unveränderliches, unantastbares erklärt und diese Sachen außerhalb des Vermögensverkehrs gestellt. Wir können nichts dagegen einwenden, wenn man dieses Recht als ein hoheitliches bezeichnet, weil es durch das öffentliche Recht wesentlich in Form und Inhalt bestimmt wird.

Aber wir dürfen nie vergessen, daß es im Grunde nichts ist, als ein eigenthümliches modificirtes Eigenthumsrecht oder wenn man lieber will Eigenthumsrecht zu seiner Basis hat.

II. Auffassung des Urtheils.

§. 8. Hat nun das Urtheil vom 19ten November 1833 Anschauungen und Begriffe von den öffentlichen Sachen gehabt, die mit dem juristischen Wesen dieser Objecte und der gemeinrechtlichen Doctrin unvereinbar sind?

Das Urtheil betont zunächst den wesentlichen Unterschied zwischen Objecten, welche als einfaches fiscalisches Eigenthum erscheinen und solchen, welche dem bürgerlichen Verkehr entzogen und desselben unfähig sind (Erw. 1.); es entscheidet, daß dem eigentlichen Eigenthum oder Vermögen des Staats bloß die Gegenstände der erstern Art beigezählt werden können, bei denjenigen der letztern sich hingegen das Recht des Staats zu einem reinen Hoheitsrecht gestaltet (Erw. 3.), daß sonach da, wo es sich um eine Theilung des Staatsvermögens handelt, einzig die Gegenstände der ersten Klasse in Anschlag kommen dürfen, wogegen die anderen von selbst an denjenigen Theil, in dessen Gebiet sie sich befinden, übergehen (Erw. 2.), daß nun Schanzen und andre Festungswerke der Hauptsache nach in die zweite der angeführten Klassen gehörten (Erw. 5.).

Wäre nun hiermit das Urtheil beendigt, wäre das was hier als Hauptgesichtspunkt erklärt wird, der einzige geblieben, so hätte sich zwar der Urtheilsverfasser in diametralen

Gegenſatz gegen Recht und Natur der Sache geſetzt, aber — möchte dies nun mit Recht oder Unrecht geſchehen ſein — es hätte beim Urtheil ſein Bewenden. Dann wäre es unzweifelhaft richtig, daß die Feſtungswerke rechtskräftig und für immer vom Theilungsjudicium ausgeſchloſſen wären; dann würden die beiden Conſequenzen die das Gutachten Nr. VII. zieht, über allen Zweifel hinaus in dem Urtheil enthalten ſein:

1) Dieſelben gehören gar nicht zur Theilungsmaſſe; an ihnen hat Baſel-Land ebenſowenig Antheil wie an dem öffentlichen Wegen im Gebiet des andern Cantons.

2) An ihnen hat Baſel-Land ein Recht niemals gehabt. Dann — wäre auch niemals ein weiterer Rechtsſtreit entſtanden und unſer Prozeß ſchwebte nicht heute vor dem eidgenöſſiſchen Bundesgericht.

Allein das Urtheil iſt damit nicht geſchloſſen; die Natur der Sache ließ den Urtheilsverfaſſer nicht hierbei ſtehen. Er ſah ein, daß im Fall der Schleifung die Schanzen ſich in fiscaliſches Staatseigenthum von ſelbſt verwandeln, die Grundlage dieſes Rechts ſchloß er, muß im jetzigen Recht des Staats an den Feſtungswerken enthalten ſein; dieſes muß alſo neben dem öffentlichen ein privatrechtliches Element enthalten. Und ſo wird er wieder durch das innere Geſetz, das im Verhältniß liegt, auf die gemeinrechtliche Doctrin zurückgedrängt.

Er ſpricht dies aus in der Erw. 7.

„Daß aber die im Streit liegenden Feſtungswerke, wenn gleich nicht in der Hauptſache doch auf untergeordnete Weiſe in einer doppelten Beziehung auf den bürgerlichen Verkehr gedacht, und inſoweit auch bei der Aufzählung und Theilung des Staatsvermögens in gewiſſe Berückſichtigung gezogen werden müſſen, indem namentlich:

a) es möglich und wirklich der Fall iſt, daß einzelne Theile der Schanzen, Gräben u. dergl. einen gewöhnlichen Ertrag und

Nutzen ähnlich ordentlichen Vermögensstücken abwerfen, und so eines gewissen privatrechtlichen Verkehrs fähig werden.

b) es nicht bloß als denkbar, sondern nach vielfachen Erfahrungen der neuern Zeit als eine naheliegende Möglichkeit erscheint, daß Festungswerke geschleift und die dazu gewidmeten Grundstücke in gewöhnliche Vermögensstücke verwandelt und zum Gegenstande des bürgerlichen Verkehrs gemacht werden.

Darauf hin behält nun das Urtheil Basel-Landschaft vor, nach Schleifung der Festungswerke in bestimmtem Maaße Antheil zu nehmen.

Diese Erwägungen, dieses Resultat kann der Verfasser des Gutachtens Nr. VII. — er gesteht es selbst zu — mit seiner Theorie nicht vereinigen. Er erklärt „daß er nicht glaube, daß nachdem die Festungswerke einmal für öffentliche Sachen erklärt worden seien, ein solcher Vorbehalt habe gemacht werden dürfen." (S. 9.) „Das Urtheil habe, statt sich der (vom Respondenten) aufgestellten Alternative zu fügen und dem Kanton Basel-Land ein Recht an den Festungswerken entweder für immer und gänzlich abzusprechen oder in derselben Weise, wie an anderen Gegenständen das fiscalische Eigenthum zuzusprechen, gewissermaßen beide Behandlungsweisen combinirt." (S. 12.) Und so schließt er: „jener Vorbehalt ist ein Geschenk, das dem Kanton Basel-Land auf Kosten des Kantons Basel-Stadt gemacht wurde und weit entfernt, daß Basel-Land an dem Geschenk innerhalb des von Basel-Stadt behaupteten Umfangs zu wenig erhalten hätte, hat es umgekehrt zu viel erhalten" (S. 15.).

In ähnlicher Weise sprechen sich frühere Respondenten über unsre Bestimmung aus — nur Keller selbst hüllt sich in seinem Gutachten in tiefes Schweigen über ihre Gründe.

So meint Gutachten Nr. V. S. 26., es hat nur eine offenbar zu weit getriebene Billigkeit bei Erlaß des Urtheils

dahin geführt, jenen Vorbehalt zu machen und der Billigkeit habe laut dem Tagſatzungsbeſchluß vom 26. Auguſt 1833 ebenfalls Rechnung getragen werden ſollen.

Und der Verfaſſer von Nr. VI. meint „dieſe treffliche Erörterung" (von Nr. V.), welche einem erſt recht das Urtheil verſtändlich mache, habe ihn unwillkührlich an einen Ausſpruch Kellers erinnert, welcher über die Billigkeit zu ſeinen Zuhörern ſprach: „es iſt etwas Schönes um die Billigkeit; aber wenn man ſie zur Richtſchnur bei richterlichen Entſcheidungen machen will, läuft man Gefahr dem im Grunde Recht habenden teufelsmäßig Unrecht zu thun." Hat Keller mit jenem Ausſpruch, meint der Begutachter weiter, nicht auch das Urtheil geſprochen über ſeinen Spruch vom 19. November 1833?

Wir aber meinen, Ihr habt über eure Interpretation des Urtheils ſelbſt den Stab gebrochen. Sollte Keller, den ja jene Gutachten mit Recht ſo hoch ſtellen, ſich ſelbſt, ſeinen Beruf als Richter ſoweit vergeſſen haben, daß er der einen Parthei auf Koſten der andern ein Geſchenk gemacht habe. Sollte er die Vollmacht dazu im Auftrag der Tagſatzung geleſen haben (art. 9.), daß das geſammte Staatseigenthum auf billigem Fuße vertheilt werden ſolle!

Das Urtheil ſagt, daß die ſtreitigen Feſtungswerke auf untergeordnete Weiſe in einer gedoppelten Beziehung auf den bürgerlichen Verkehr gedacht und deßhalb in Berückſichtigung gezogen werden müſſen. Für den Urtheilsverfaſſer lag hierin alſo eine juriſtiſche Nothwendigkeit! Schenken oder auch Zutheilen aus vager unmotivirter Billigkeit und Müſſen ſind Widerſprüche. Ihering glaubt (S. 9.), das Urtheil hätte den Vorbehalt nicht machen dürfen, das Urtheil erklärt, es habe ihn machen müſſen. Da ſind die Anſchauungen des Interpreten und die Grundgedanken des Urtheils doch himmelweit auseinander.

Der Theilungsrichter hat sich nicht damit begnügt, dem Kanton Basel-Land ein eventuelles Recht an den Festungswerken für den Fall der Schleifung zuzusprechen, er gibt demselben auch Theilrecht an den gewöhnlichen Nutzungen, die der Gesammtkanton an den Festungswerken als solchen schon vor der Schleifung gezogen hat, weil diese so eines gewissen privatrechtlichen Verkehrs fähig seien. Hat der Schiedsrichter auch hiermit Basel-Land ein Geschenk gemacht? So etwas ist nicht behauptet, auch nicht bei der klaren Fassung des Urtheils zu vertheidigen. Wie soll es nun kommen, daß er bei den unter a. und b. einem Motiv subordinirten Punkten von so verschiednen Unterstellungen ausgegangen ist. Unter a. stellt er sich auf den Standpunkt des Theilungsrichters, der Gemeinschaftliches theilt, unter b. soll er als Geschenkgeber auftreten! Unter a. erkennt er ein präexistirendes Recht an, wird er unter b. ein neues geschaffen haben, das auch nicht einmal seine Quelle im bisher Bestehenden findet! Alles dies, indem er wie gesagt, beide Entscheidungen aus einem Princip leitet, daß nämlich die Sache obschon zunächst im Hoheitsrecht stehend, dennoch relativ von privatrechtlichem Werth sei. —

§. 9. Rüttimann hat in seinem ersten Gutachten die unzweifelhafte Thatsache, daß das Urtheil einerseits das Recht des Staats an den Festungswerken als ein Hoheitsrecht bezeichnet, andrerseits aber doch eine privatrechtliche Beziehung dieses Rechts anerkennt, folgendermaßen zu erklären gesucht: Das Schiedsgericht sei davon ausgegangen, daß das latente, gewissermaßen schlummernde Eigenthum an den Festungswerken den beiden Halbkantonen, welche an die Stelle des ehemaligen Kantons Basels getreten sind, gemeinsam zustehe und es habe dies für eine in die Augen springende Thatsache gehalten, deren Nachweis es für überflüssig erachtete *).

*) Rüttimann l. §. 10.

Keller findet für gut, dieſe Auffaſſung hinweg zu ſpotten (Gutachten II. S. 7.). „Jene Lehre von einem latenten oder ſchlummernden Eigenthum des Staates an den bezüglichen res extra commercium iſt, meint er, eine Theorie wie eine andre, ſie mag ihre Gründe für und gegen ſich haben; wir halten ſie, Alles wohl erwogen, für ebenſo falſch wie die verwandte Anſicht von einem patenten oder ganz gewöhnlichen und wachenden Eigenthume, welches Manche dem Staate an ſolchen Dingen zuſchreiben." Und S. 10: doch gewiß liegt dem Urtheil nicht zu Grunde jenes gekünſtelte Gebilde von latentem, von ſchlummerndem und wieder auſwachendem Eigenthume, welches Gebilde ſich ohne eine Menge „gewiſſermaßen" kaum ausdrücken läßt, welches bis heute Niemand kannte, noch je kennen gelernt haben würde, wenn es nicht Behufs des casus in terminis hätte erfunden werden müſſen.

Gleichwohl kann Keller dieſes Gebilde von einem ſchlummernden Eigenthum nicht, wie man hiernach ſchließen müßte, überhaupt für lächerlich gehalten haben, ſondern höchſtens für unpaſſend in der ſpeciellen Anwendung, die Rüttimann von ihm machte.

Denn wir leſen in den Pandektenvorleſungen Kellers §. 139. hinſichtlich der Materialien, die mit einem Gebäude verbunden ſind:

„Das Eigenthum bleibt durch die Verbindung in der Regel ungeändert, nur darf es nicht zum Nachtheil derſelben geltend gemacht werden, ſondern wird, ſo lange die Verbindung dauert, als ein ſchlummerndes betrachtet, wacht aber auf, ſowie die Verbindung aufhört.

Ihering (S. 34.) wendet ein: vom Standpunkt der Annahme eines latenten Eigenthums aus, hätte der Richter die Feſtungswerke ſofort aufs Theilungsinventar bringen müſſen; es hätte der Werth ja bereits im Augenblick des Urtheils er-

mittelt werden und Basel-Stadt die Verpflichtung auferlegt werden können, davon die entsprechende Rente an Basel-Land zu entrichten. Da dies nicht der Fall sei, müsse jene Auffassung als unhaltbar verworfen werden.

Aber darauf antwortet ja das Urtheil selbst: „es sei nach der gegenwärtigen Lage der Akten durchaus unmöglich, den Grad der Wahrscheinlichkeit jener Veränderung so zu berechnen, daß daraus ein in einem Geldwerth auszudrückendes Resultat gezogen werden könne." Ebendeßwegen müsse man Basel-Landschaft seine Rechte vorbehalten.

Es werden also allerdings gegenwärtige Rechte anerkannt, die nur noch derzeit nicht abschätzbar waren.

Doch wir halten es für überflüssig, über die juristische Construction, die das Urtheil vor Augen hatte, zu streiten. Genug es enthält die völlig richtige Idee, daß im Recht an den Festungswerken neben dem öffentlichen Moment ein privatrechtliches und Vermögenselement existirt. Die Frage, wie diese Doppelnatur zu erklären sei, war eine theoretische, die der Verfasser des Urtheils gar nicht unmittelbar zu lösen hatte. Die Doppelnatur bestand im Recht, sie war in Berücksichtigung zu ziehen und sie wurde im Urtheil gewürdigt.

Wie wenig es dem Verfasser der Urtheile im Basler Theilungsstreit, der als Praktiker die Verhältnisse zu schlichten, nicht als Gelehrter auszulegen suchte, auf eine einzelne theoretische Formulirung ankam, geht aus folgender Bemerkung zur Genüge hervor:

Brücken zählt das Urtheil über die Festungswerke ganz insbesondere zu den öffentlichen Sachen (Motiv 2.), an denen sich das Recht des Staates nicht zu einem einfachen Eigenthume sondern zu einem reinen Hoheitsrecht gestalte.

Am Tage vor Fällung dieses Urtheils am 18. November 1833 war das Schicksal der Rheinbrücke und

des Rheinzolls entſchieden worden. Es wurde der Rheinbrückenzoll ſammt der Pflicht des Unterhalts der Rheinbrücke auf das Inventar genommen aus der Erwägung:

„Daß die benannten Objecte nur inſofern eines Ertrags fähig ſind, als ſich beim Bezug des Rheinbrückenzolls ein reiner Ueberſchuß ergeben könnte, daß folglich das Eigenthumsrecht an und für ſich und abgeſehen von dem Bezug des Zolls keinen ſchätzbaren Werth hat."

Das Recht an einer öffentlichen Sache, das im Prozeß über die Schanzen als Hoheitsrecht benannt wird, wird hier als Eigenthumsrecht bezeichnet.

Aber die leitende Grundidee bleibt hier wie in andern Urtheilen immer dieſelbe: was weder Ertrag gibt noch verſpricht, bleibt der Theilung fremd, was Ertrag gewährt oder in Ausſicht ſtellt, wird in die Theilung gezogen.

§. 10. Den Vorwurf, daß der Vorbehalt des Urtheils zu Gunſten Baſel-Lands ein principloſer und inconſequenter war, daß in demſelben ein Geſchenk für das letztere liege, ſucht Ihering nicht ohne Schein durch folgende Betrachtung zu bekräftigen.

Rückſichtlich aller übrigen öffentlichen Sachen, hebt er hervor, entſchied der Richter die Frage, ob ſie zur Theilung gezogen oder davon ausgeſchloſſen ſeien definitiv und ohne weiteren Vorbehalt und er ſtellte ſich dabei ganz auf den Standpunkt der Gegenwart d. h. er entſchied jene Frage nach der gegenwärtigen Beſchaffenheit der Sache ohne dabei der Möglichkeit einer etwaigen ſpäteren Umwandlung derſelben irgend welchen Einfluß einzuräumen. Nur bei den Feſtungswerken machte er davon eine Ausnahme welche er damit rechtfertigte, daß bei ihnen jene Möglichkeit grade beſonders „nahe liege." Wie wenig dieſer Rechtfertigungsgrund die Probe aushält, bedarf, fährt Ihering fort, wohl nicht der Ausführung. Wenn einmal jene

Möglichkeit an ſich und überhaupt keine rechtliche Beachtung verdiente, was änderte es daran, daß ſie nahe lag und wenn ſie Berückſichtigung verdiente, was ſchadete es, daß ſie fern lag?

Wir müſſen uns auch hier auf die Seite des Urtheils ſtellen.

Durchſchnittlich iſt die Qualität einer Sache als öffentliche, als extra commercium keine ephemere. Wir können vielmehr die Unvergänglichkeit dieſer Eigenſchaft als Regel betrachten. Wie der Staat ſelbſt eine ewige Dauer beanſprucht, ſo iſt die Beſtimmung gewiſſer Sachen zu den ſtaatlichen Zwecken eine beſtändige. In der That ſehen wir, daß ſich öffentliche Straßen, Plätze, Brücken, Rathhäuſer durch viele Jahrhunderte hindurch immer dem gleichen Zweck gewidmet erhalten.

Für die meiſten res extra commercium wäre es alſo nicht am Ort geweſen, die in abstracto vorhandne und denkbare, in concreto aber noch durch kein gegenwärtiges Moment begründete Möglichkeit der Entkleidung von dem Charakter einer res extra commercium ins Auge zu faſſen. Bei den fraglichen Feſtungswerken aber konnte die Präſumtion der Dauer keinen Boden finden. Schon zu oft war über deren Aufhebung verhandelt worden, ſchon in der Dotationsurkunde der Stadt Baſel von 1803 war die Schleifung erwähnt und das Recht hierzu der Kantonsregierung zugeſprochen worden, bei der Prozeßverhandlung ſelbſt kam die naheliegende Schleifung zur Sprache, in andern Kantonen hatte man die Feſtungswerke gleichfalls beſeitigt oder war im Begriff dieſelben abzutragen. Es war klar, daß das Schickſal der Schanzen beſiegelt und ihre Schleifung nur noch eine Frage der Zeit war.

Deßhalb forderte es grade der Standpunkt der Gegenwart, auf den ſich der Richter zu ſtellen hat, daß dieſer ſchon jetzt vorhandnen und zur Sprache gebrachten Möglichkeit Rechnung getragen werde.

Unterſtützend mußte für eine verſchiedne Behandlung der Feſtungswerke und andrer öffentlichen Sachen noch ſprechen. Wegen der übrigen öffentlichen Sachen z. B. Kirchen, Begräbnißplätze befaß jeder Theil Aequivalente. Es war alſo nicht nothwendig, jede künftige irgend einmal mögliche Umwandlung, die in der Regel durch die dem gewonnenen Werth gleiche Koſten wird aufgehoben werden, in Berückſichtigung zu ziehen und damit die Theilungsſtreitigkeiten in alle Jahrhunderte hinaus zu verewigen. In der That wurde denn auch durch Uebereinkunft vom 21. November 1833 beſonders beſtimmt, Kirchen und Begräbnißplätze, Pfarrhäuſer, Sigriſtenwohnungen u. ſ. f. bleiben jedem Kanton, in dem ſie liegen, überlaſſen (Basler Theilungsſache S. 241.).

Für die Feſtungswerke befaß Baſel-Landſchaft kein Aequivalent. Baſel-Stadt hätte allein die nahe Ausſicht auf Gewinn gehabt, wenn das eventuelle Recht Baſel-Lands nicht gewahrt worden wäre.

§. 11. Es iſt noch die Frage zu beantworten, welcher Natur die Rechte Baſel-Lands ſind, wenn der im Urtheil vorgeſehene Fall eintritt. Rüttimann nimmt ein Miteigenthum beider Kantone an, Keller qualificirt das Recht von Baſel-Landſchaft in dem Gutachten Nr. II. — in ſeinem älteren Gutachten ſcheint er dieſe Auffaſſung noch nicht gehegt zu haben — als ein Forderungsrecht *).

*) Keller ſcheint nicht immer gleicher Anſicht geweſen zu ſein. In dem Gutachten II. S. 23. ſagt er wörtlich: „erſtlich wird hie und da auch ſonſt in dem Gutachten von einer Theilungsklage geſprochen — begreiflich inſofern als darin von dem Irrthum ausgegangen wird, daß dem Kanton Baſel-Landſchaft Miteigenthum an den Feſtungswerken zuſtehe. Iſt nun durch das bisher Geſagte dieſer Irrthum widerlegt, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß von einer Theilungsklage ... nicht mehr die Rede ſein kann ... wie denn insbeſondre für die eventuelle Schuldklage, welche allein dem Kanton Baſel-Landſchaft einſt zuſtehen könnte, der Name Theilungsklage nur ſehr uneigentlich

Wir ſtehen nicht an, als beſtimmte Anſicht auszuſprechen, daß das Urtheil Baſel-Landſchaft eventuell Miteigenthum habe zuſprechen wollen.

Dies iſt wie uns ſcheint, das unzweideutige Reſultat der Erwägung 10: „es ſeien dem Kanton Baſel-Landſchaft ſeine Rechte auf jenen möglichen Fall hin, ſo wie wenn derſelbe ſchon jetzt eingetreten wäre, vorbehalten."

Dieſe Erwägung iſt grade dazu beſtimmt, die Art des Rechts von Baſel-Landſchaft zu bezeichnen. Wäre jener Fall bereits im Moment des Urtheils eingetreten geweſen, ſo hätte man doch zweifelsohne das Recht von Baſel-Landſchaft gleichfalls nur als Miteigenthum auffaſſen können. Soll nun trotz des ſpätern Eintretens die Natur der Rechte von Baſel-Landſchaft die gleiche bleiben, ſo muß daſſelbe eben — Miteigenthum ſein.

Das Urtheil behandelt die Sache alſo, wie die Römer Verhältniſſe, die in der Schwebe ſind (in pendenti) aufgefaßt haben. Es iſt dieſe Behandlung der juriſtiſchen Conſtruction der Bedingungen ähnlich. —

Der Verfaſſer unſres Urtheils fand in den Quellen des gemeinen Rechts und zwar grade in den Titeln über die Theilungsklagen (die actio familiae erciscundae) ein Beiſpiel, wonach ein Gegenſtand, der im Augenblick des Urtheils noch nicht zu den unmittelbar theilbaren gehörte, vielmehr außerhalb des römiſchen Privateigenthums lag, doch ins Theilungsjudicium hineingezogen wurde.

Wir meinen die Sache des Erblaſſers, die im Moment

dienen würde. Dies ein für alle Mal um nachher nicht wider Worte (in verbis simus faciles) ſtreiten zu müſſen." Und doch ſpricht Keller in dem früher eingereichten Gutachten Nr. IV. S. 9. von fiscaliſchem Theilungsanſpruch des andern Landestheils und „es gehört dreierlei dazu, einen ſolchen Theilungsanſpruch zu begründen." —

des Urtheils in der Gewalt der Feinde war, alſo jetzt nicht Object römiſchen Eigenthums bilden konnte.

Von dieſen Sachen wird uns geſagt, daß ſie gleichwohl ins Theilungsjudicium kamen:
propter spem postliminii: scilicet cum cautione, quia possunt non reverti: nisi si tantum aestimatus est dubius eventus (l. 22. l. 23. D. fam. erc. 10, 2.).

Dies deßwegen, weil man annahm, daß die Sache, wenn dieſelbe wieder ins Römergebiet käme, rückwärts hin und auch im Moment der Theilung im Miteigenthum geweſen.

Vielleicht hat gerade die Analogie dieſes Verhältniſſes den Verfaſſer des Urtheils von 1833 geleitet. Es liegt dies nicht allzufern, wenn man bedenkt, daß in der Einleitung zur Darſtellung der Basler Theilungsſache, die eben von ihm herrührt, hervorgehoben wird: „es ſei nicht leicht, ein ſo reiches, wir möchten ſagen, ein ſo vollkommnes communi dividundo oder familiae herciscundae judicium vorgekommen.“ Wie jene Sache der Feinde, wenn ſie wieder ins Römergebiet kam rückwärts hin, angeſehen wurde, als ſei ſie ſtets im römiſchen Privateigenthum geweſen, alſo mochte er annehmen, daß das Schanzenterrain, wenn auch die Befeſtigung erſt ſpäter wegfalle (ähnlich wie jure postliminii) in den Zuſtand wirklichen Vermögens zurückkehre, der immerhin als der natürliche und normale jedes Territoriums zu betrachten iſt.

Müſſen doch auch die römiſchen Juriſten den letzteren Gedanken getheilt haben, wenn ſie davon reden, daß eine res publicis usibus relicta in privatos usus reverti potest (l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1.).

Unter dieſer Unterſtellung konnte der Urtheilsverfaſſer dem Kanton Baſel-Landſchaft Rechte auf jenen möglichen Fall hin, wie wenn er ſchon jetzt eingetreten wäre, vorbehalten. Deßhalb gibt das Dispoſitiv des Urtheils Baſel-Landſchaft das Recht, Antheil zu

nehmen. Dieſe Ausdrücke bezeichnen nicht die Conſtituirung eines Forderungsrechts zu Gunſten der einen Parthei, ſondern den Vorbehalt eines dinglichen Rechts.

Hiergegen wendet man einzig ein (Gutachten Nr. VII. S. 27.) der Theilungsrichter könne nur das gegenwärtig vorhandne Eigenthum adjudiciren; wenn er die Adjudication auf Sachen erſtrecken wolle, die gegenwärtig noch gar nicht im Eigenthum der Partheien ſtehen oder ſtehen können, ſo ſei dies nur in Form der Obligation möglich! — Grade das aber iſt der Streitpunkt, ob die Feſtungswerke im Augenblick des Urtheils auch gar nicht in das Theilungsjudicium gehörten, auch nicht in untergeordneter Weiſe.

Wir ſchließen umgekehrt: da Baſel-Landſchaft ein Recht vorbehalten wird, an den geſchleiften Feſtungswerken Antheil zu nehmen, ſo iſt der Schluß nothwendig, daß der Urtheilsverfaſſer ſie als ein — in gewiſſem Sinn — ſchon jetzt dem Theilungsverfahren unterworfenes Object auffaßte, und dies ſtimmt ja auch vollſtändig mit dem Gang des Urtheils.

Poſitive Gründe für die Behauptung, daß das Recht von Baſel-Landſchaft eine Schuldforderung bildet, ſind von keiner Seite angegeben *). Dieſer angeblichen Obligation müſſen wir immer und immer entgegenrufen, von wannen ſtammſt du? So lange dieſe Frage nicht gelöſt iſt, erſcheint uns die Obligation nicht als legitimes Product des Urtheils.

§. 12. Die bisherigen Erörterungen haben für die Entſcheidung des heute obwaltenden Streitverhältniſſes nur indirekten, aber dennoch nicht gering anzuſchlagenden Einfluß.

Wer glaubt, daß der Urtheilsverfaſſer das vorbehaltne Recht Baſel-Lands aus dem Nichts geſchaffen habe, wird unbedenklich dazu mitwirken, daß daſſelbe wieder in das Nichts zer-

*) Vergl. Keller S. 18.

rinnt. Er wird das Geſchenk, das dem Kanton Baſel-Landſchaft durch die unberufne Willkühr des Richters gemacht ſein ſoll, in den engſten Gränzen zu halten bemüht ſein. Ein Anklammern an den Buchſtaben, um es einzuſchränken, um es möglichſt zu beſeitigen, wird ihm hier, wenn irgendwo als gerechtfertigt erſcheinen. Und dabei wird er ſtets Baſel-Landſchaft entgegenhalten, daß es hierdurch nicht zu wenig, ſondern immer noch viel zu viel erhält.

Aber unſre Erörterung wird wenigſtens das feſtgeſtellt haben, daß von einem Geſchenk, einem Zutheilen nach bloßer Billigkeit bei unſerm Vorbehalt nicht die Rede ſein kann.

Nicht nach dem materiellen Recht: denn es lag im Recht des Staates an den Feſtungswerken von jeher ein privatrechtliches, ein Vermögenselement, wie dies Jurisprudenz und Doctrin ſtets für ſolche Sachen anerkannt haben; ebenſowenig nach dem formellen Recht des Urtheils, denn dieſes erblickt in dem Vorbehalt der fraglichen Rechte eine juriſtiſche Nothwendigkeit, die zu deren Berückſichtigung führen mußte.

Zweiter Abſchnitt.

Die Vorausſetzungen des dem Kanton Baſel-Landſchaft vorbehaltnen Rechts.

§. 13. Die Erwägung, daß die Feſtungswerke wenigſtens auf untergeordnete Weiſe in einer Beziehung auf den Verkehr gedacht und deßhalb in Berückſichtigung gezogen werden müſſen, leitet das Urtheil zur Beſtimmung:

„3) Sei auf den Fall, daß die zuſtändige Behörde des Kantons Baſel-Stadttheil die Schleifung der Feſtungswerke verfügt und dadurch nach Abzug der Koſten wirkliches Staatsvermögen

begründet werden ſollte, dem Kanton Baſel-Landſchaft ſein Recht daran in gleichem Verhältniß, wie bei der gegenwärtigen Theilung des Staatsgutes Antheil zu nehmen, vorbehalten, es wäre denn daß ſich die Partheien deshalb ſchon jetzt durch freiwilliges Einverſtändniß abfinden würden."

Dieſe Verfügungen des Urtheils regeln das Verhältniß klar und beſtimmt für zwei Hauptfälle, an welche ohne Zweifel zunächſt bei deſſen Abfaſſung gedacht war.

1) Nach ihnen wird offenbar das Recht von Baſel-Land ſo lange nicht exiſtent, als es Baſel-Stadt gefällt ein befeſtigter Waffenplatz zu bleiben. Ebenſo wenig kann deſſen Recht Realität gewinnen, wenn zwar die Schleifung verfügt würde, aber die Koſten der Ausebnung des Terrains bedeutender wären, als der Terrainwerth.

2) Dagegen würde das Recht von Baſel-Landſchaft unzweifelhaft zur Geltung kommen, wenn das Feſtungsterrain von Baſel-Stadt zu Bauplätzen parcellirt würde und wenn dieſe Bauplätze nach unpartheiiſcher Schätzung mehr Werth hätten, als die Koſten der im öffentlichen Intereſſe liegenden Schleifung betrügen. Es laſſen ſich aber noch andre Möglichkeiten denken, welche zwiſchen den angegebenen die Mitte halten, wo denn das Gebiet des Zweifels und des Streites beginnt. Wir greifen folgende Combinationen heraus.

Wir können denken, der Kanton Baſel-Stadt verwandelt die bisherigen Feſtungswerke in andre den Staatszwecken gewidmete Objecte, Staatsſtraßen, Staatskaſernen u. ſ. f.

Oder er verſchenkt beim Schleifungsbeſchluß das geſammte Terrain an die Stadt Baſel, damit dieſe Promenaden, Anlagen, Schul- und Rathhäuſer errichte oder damit nun dieſes Territorium diene als Fonds für die ſtädtiſchen Schulen, das ſtädtiſche Armenweſen.

Oder er tritt das Terrain an die Eidgenoſſenſchaft ab, etwa zu dem Zweck, daß auf demſelben eine eidgenöſſiſche Univerſität errichtet werde.

Oder — was am Ende auch denkbar wäre — verſchenkte das Schanzenterritorium an Private etwa indem er den ärmeren Bürgern Mann für Mann eine Anzahl von Morgen zuſpräche oder den anliegenden Häuſerbeſitzern das Terrain zur Anlegung von Gärten überließe.

Dieſe Möglichkeiten, ſo verſchieden ſie faktiſch ſind, haben zwei weſentliche Verwandtſchaftspunkte: einmal, es erzeigt in allen dieſen Fällen der Fiscus von Kanton Baſel-Stadt trotz der Schleifung der Feſtungswerke kein Staatsvermögen und zweitens die Urſache tragen die Beſchlüſſe und Akte des Kantons Baſel-Stadt, welcher die Schleifung verordnete.

§. 14. Es iſt nun derzeit wirklich ſtreitig geworden und kommt in Frage:

„Ob Baſel-Landſchaft mit ſeinen Anſprüchen auf den durch Beſeitigung der Feſtungswerke gewonnenen Boden dann abzuweiſen ſei, wenn derſelbe von Baſel-Stadt lediglich zu Straßen, öffentlichen Plätzen, Zufahrten oder auch zu Promenaden, Gartenanlagen, für die Stadt Baſel verwendet werde."

Es iſt die wichtigſte, fundamentale Frage für Entſcheidung der heute obwaltenden Streitigkeiten, ob hierzu das Urtheil eine Handhabe bietet. Der Kanton Baſel-Stadt glaubt eine ſolche gefunden zu haben.

Die Dispoſitive enthalten die Beſtimmung: „ſei auf den Fall, daß dadurch nach Abzug der Koſten wirkliches Staatsvermögen begründet werde, dem Kanton Baſel-Landſchaft ſein Recht vorbehalten."

Hierin ſchien der Ausweg zu liegen, auf der einen Seite die Feſtungswerke ſchleifen zu können, auf der andern den Nach-

bar von der Landſchaft trotz ſeines Urtheilsvorbehalts mit leeren Händen abziehen zu laſſen. Daher ſtellte Bürgermeiſter und Rath des Kantons Baſel-Stadt an Dr. F. L. Keller die Anfrage:

„Läßt ſich aus dem ſchiedsgerichtlichen Spruch .. ableiten, daß wenn Baſel-Land .. Anſprüche .. erheben ſollte, daſſelbe damit abzuweiſen ſei, weil der betreffende Boden lediglich zu Straßen, öffentlichen Plätzen u. ſ. w. verwendet worden, und kein wirkliches Staatsvermögen begründet würde. (Gutachten IV. S. 7.).

Und dieſer Anfrage ganz entſprechend, gab Keller ſein rechtliches Erachten dahin ab, daß der Anſpruch von Baſel-Land in ſolchem Falle durch das Urtheil ausgeſchloſſen ſei, denn es bringe das Dispoſitiv des Schiedsſpruchs mit ſich, daß dreierlei dazu gehöre, einen ſolchen Theilungsanſpruch zu begründen:

a) daß die Feſtungswerke oder der betreffende Theil derſelben geſchleift;

b) daß derſelbe entweder unmittelbar fiscaliſches Grundeigenthum werde oder ein anderweitiger Gegenwerth dafür in das Staatsvermögen hineinkäme;

c) daß das Staatsvermögen wirklich einen Zuwachs erhalte, mit andern Worten, die Koſten der Veränderung den Terrainwerth überſtiegen.

Die gleiche Theorie haben ſich alle andern, für Baſel-Stadt reſpondirenden Gutachten zu eigen gemacht. Es leuchtet aber Folgendes von ſelbſt ein. Wenn es einmal abſolute Bedingung des Anſpruchs von Baſel-Land iſt, daß der Fiscus von Baſel-Stadt fiscaliſches Staatsvermögen erzeigt, und wenn darauf nichts ankommen ſoll, ob die Urſache des Nichtzuwachſes freie Akte und Beſchlüſſe von Baſel-Stadt bilden, ſo würde auch in allen andern oben angeführten Fällen das Recht von Baſel-Land ceſſiren. Insbeſondre alſo auch, wenn Baſel-

Stadt beim Schleifungsbeſchluß das Territorium an Private, arme oder reiche Basler verſchenken würde. Denn wo bliebe hier das unmittelbare fiscaliſche Grundeigenthum oder der ſonſtige Zuwachs des Staatsvermögens, was doch Alles Bedingung des Anſpruchs ſein ſoll? Sollte aber das Urtheil auch dergleichen erlaubt und vorgekehrt haben.

Wir ſind der entſchiedenſten Ueberzeugung, daß der Verfaſſer des Urtheils, als er das Dispoſitiv niederſchrieb, nicht im entfernteſten die Abſicht hatte, irgend eines jener Verhältniſſe zu regeln, daß er ſie überhaupt nirgends in Betracht gezogen hat.

Dafür berufen wir uns auf die Prozeßgeſchichte, auf die Vorträge der Partheien, die Urtheilsvorſchläge der Schiedsrichter, die Motive der Entſcheidung des Obmanns.

Die Verhandlung, die im Jahr 1833 ſtattfand, und die wir genau aus der oben erwähnten aktenmäßigen Darſtellung der Basler Theilungsſache kennen, drehte ſich durchaus nur darum, ob die Feſtungswerke Eigenthum des alten Kantons Baſel wären, ob ſie alſo in die Theilung gezogen werden könnten. Außerdem wurde zur Sprache gebracht, die Feſtungswerke ſeien nur eine Laſt, es ſei ſehr fraglich, ob wirklich im Fall einer etwaigen Schleifung ſich dereinſt ein Gewinn ergeben werde. In dieſem Sinn haben ſich namentlich die von Baſel-Stadt ernannten Schiedsrichter ausgeſprochen (Theilungsſache S. 234.)

„es würden die Feſtungswerke ſelbſt im Falle der Schleifung höchſt wahrſcheinlich keinen reinen Ueberſchuß über die Unkoſten darbieten, könnten alſo auf keinen Fall als Quelle von Einkünften in Betracht kommen.“

Auch in den Motiven des vom Obmann gegebenen Urtheils wird nirgends die Frage berührt, wie es ſich verhalten ſolle, wenn Baſel-Stadt die Feſtungswerke wohl ſchleife, aber

in einer Weise über sie disponire, daß daraus für die Staatskasse kein unmittelbarer Gewinn entstehe.

Die Erwägung Nr. 7 b. findet: es sei nicht bloß denkbar, sondern erscheine nach den Erfahrungen der neuern Zeit als eine naheliegende Möglichkeit, daß Festungswerke geschleift, und die dazu gewidmeten Grundstücke in gewöhnliche Vermögensstücke verwandelt und zum Gegenstand des bürgerlichen Verkehrs gemacht werden. Anderer Möglichkeiten wird nicht gedacht.

Sollte der Obmann wirklich für Eventualitäten, die nirgends besprochen waren, indirekt in zweideutigen Worten seiner Entscheidung habe Bestimmungen treffen wollen! Und traut man wirklich Keller zu, daß er so allgemein durch jenen einzigen Passus Basel-Stadt das Recht habe einräumen wollen, beliebig den Vorbehalt des Rechts für Basel-Land zu vereiteln und dies ohne jener Befugniß irgend welche Gränzen anzuweisen!

Ich höre nun freilich von Seiten der Gegner den Ausruf, ein Keller soll solche Verhältnisse nicht vorgesehen haben*), ein Mann von so praktischer Umsicht, so klarem Blick in das Leben soll nicht gewußt, überlegt und vorbedacht haben, daß die geschleiften Festungswerke in andrer als fiskalischer Weise benutzt werden konnten. Dergleichen ist nicht anzunehmen.

Und doch hielten wir dies keineswegs für unmöglich. Selbst der Begabteste ist an die Bedingungen des menschlichen Geistes gebunden. Und diesem geschieht es, daß je eifriger er eine Frage verfolgt, je genauer er sie prüft, je tiefer er sich in sie versenkt, er um so eher andre danebenliegende vernachlässigt. Die Frage für Keller war, sind die Festungswerke im Eigenthum oder im Hoheitsrecht, sind sie aufs Inventar zu bringen oder nicht, gegen diese trat alles Andre in den Hintergrund.

---

*) Gutachten Nr. VII. S. 21.

Und wenn ihm auch alle jene Eventualitäten deutlich vorgeſchwebt hätten, ſo hat er ſie nicht zur Sprache bringen und entſcheiden wollen. Möge man nicht in einer ſolchen Hypotheſe eine Verketzerung Kellers ſehen. Vielleicht hielt er es nicht für ſeine Sache eine Frage zur Entſcheidung zu bringen, welche die Partheien nicht beſprochen hatten, die keinen Gegenſtand der Verhandlung abgegeben hatte, über die auch die übrigen Schiedsrichter keine Meinung ausgeſprochen hatten. Er begnügte ſich die Fragen zu löſen die ihm geſtellt waren. Darin möchte der eine übergroße Vorſicht, der andre lobenswerthe Bedächtigkeit erkennen.

Genug mag das Motiv des Obmanns geweſen ſein, welches es will — ſein Urtheil hat ſich mit der Frage nicht beſchäftigt. Denn hätte das Urtheil ſie ins Auge gefaßt, ſo hätte es ſie gewiß nicht bloß mit einem zweideutigen Wort berührt. Das Urtheil ſollte die Abſicht gehabt haben, eine Beſtimmung zu treffen, wonach das Recht, das eben Baſel-Land mit ernſthaftem Geſicht zugeſprochen war, ein bloßes Spiel, ein Scherz ſein ſollte zur Ergötzung eines kindlichen Gemüths, das ſich an Möglichkeiten und Eventualitäten erfreut? Da wäre doch noch ein Wort der Rechtfertigung unbedingt nothwendig geweſen, und von dem Verfaſſer gewiß nicht verſäumt worden.

§. 15. Warum aber wird denn doch im beſagten Dispoſitiv 3 des Urtheils das Recht von Baſel-Land von der doppelten Vorausſetzung abhängig gemacht, daß die Schleifung der Feſtungswerke verfügt und dadurch nach Abzug der Koſten wirkliches Staatsvermögen begründet werde?

Der Zuſatz erklärte ſich aufs einfachſte aus dem Gange der Verhandlung. Die Abgeordneten von Baſel-Stadt hatten behauptet, die Schanzen böten ſelbſt im Fall der Theilung wahrſcheinlich keinen reinen Ueberſchuß über die Koſten dar.

Keller antwortet hier gewiſſermaßen auf ihre Bedenken. —

Man hätte allerdings chikanöſer Weiſe behaupten können, wenn die Feſtungswerke ihres Charakters entkleidet würden, ſo ſei der Territorialwerth jetzt ſofort und unmittelbar zu ſchätzen. Verlange Baſel-Stadt Ausebnung der Gräben, Abtragung der Schanzen, ſei es im Intereſſe freier Communication der Stadt, ſei es, damit nicht durch Einſturz der nicht mehr erhaltnen Werke die öffentliche Sicherheit bedroht werde, dann müſſe Baſel-Stadt die Koſten einer ſolchen Ausebnung tragen.

Einer ſolchen unbilligen Auffaſſung der Verhältniſſe will das Urtheil entgegentreten. Die Rechte Baſel-Lands, ſagt daſſelbe, ſind bedingt durch den Ueberſchuß des Werthes des Territoriums über die Schleifungs-Koſten. Iſt dieſer — wie die Abgeordneten von Baſel-Stadt behaupten — in ſolchem Falle nicht da, ſo tritt auch Baſel-Lands Recht nicht ein, iſt er vorhanden, ſo ſind deſſen Anſprüche begründet.

Mit andern Worten der Satz: falls dadurch nach Abzug der Koſten wirkliches Staatsvermögen begründet werden ſollte, drückt nur einen Gedanken aus. Die Gegner ſuchen hier zwei und zwar ganz verſchiedne, es ſei einmal als Bedingung gefordert „Ueberſchuß des Territorialwerths über die Koſten" (Hering S. 16.), dann aber auch, „daß das Inventarium von Baſel-Stadt zu fiscaliſchen nicht zu andern Zwecken verwendet werde." Uns ſchiene eine ſolche Verbindung zweier ganz heterogener Gedanken in einem Satz verkehrt, und im Zweifel nicht hineinzudeuten.

Und ſo kommen wir zum Schluß: das Urtheil wollte das Recht von Baſel-Land zwar ceſſiren laſſen, wenn ſich nach der Natur des Verhältniſſes, weil eben die Schleifungskoſten den Territorialwerth überſteigen, kein Vermögen ergibt, es gedachte nicht Gleiches zu beſtimmen, wenn die Schanzen in Folge der freien Handlungen von Baſel-Stadt trotz ihrer Schleifung keinen Vermögensertrag abgeben.

§. 16. Keller in ſeinem Gutachten Nr. II. S. 31. führt noch eine weitere Stelle des Urtheils an, welche, wie die Probe für das Exempel beweiſe, daß Baſel-Land im Fall der Verwandlung der Feſtungswerke in öffentliche Sachen andrer Art keinerlei Recht habe.

Der Entſcheidungsgrund 10 des Urtheils beſage: daß dem Kanton Baſel-Landſchaft auf jenen möglichen Fall hin, ſeine Rechte ſo wie wenn derſelbe ſchon jetzt angetreten wäre vorzubehalten ſeien. Nun wohlan! fährt das Gutachten Nr. II. fort, man ſetze einmal den Fall, die Regierung des ungetheilten Kantons Baſel hätte etwa in den 1820r Jahren die Schleifung der Feſtungswerke ausgeführt, und von dem Boden derſelben einen Theil oder Alles zu öffentlichen Straßen, Promenaden oder andern öffentlichen Sachen eingerichtet, und einen andern Theil als Fiscaleigenthum behalten oder verkauft; was hätten dann der Landſchaft im Jahr 1833 bei der Theilung des Staatsvermögens für Rechte zugeſtanden? — Nicht mehr und nicht weniger als ein Anſpruch auf den Antheil an dem Geldwerthe des Bodens, der netto ſo oder anders in das Staatsvermögen gefloſſen wäre, und ſich zur Zeit der Theilung darin befunden hätte. Und gerade ſo ſoll es auch jetzt werden. —

Dieſer dialektiſche Schluß würde aber auch zum Reſultate führen, wenn Baſel-Stadt das Terrain gleichzeitig mit dem Schleifungsbeſchluß an Private oder an eine Kirche oder an ein Miſſionshaus verſchenkte, ſo hätte Baſel-Landſchaft keinerlei Anſpruch. Denn wenn dies der ungetheilte Kanton im Jahr 1820 beſchloſſen hätte, ſo wäre das Terrain 1833 auch natürlich nicht zur Theilung gekommen!

Demnach ſcheint uns aber die Probe nicht ſo ſicher, auch das Exempel nicht ſo weit beweiſend, wie die Gegner annehmen.

Jene Erwägung 10 ſollte in der That gar nicht normiren, welche Objecte in die Theilung nach der Schleifung fallen

ſollen, ſondern nur den Character des Rechts von Baſel-Land, den Theilungsfuß und dergl. für den Fall beſtimmen, daß nach den vorgegangenen Erwägungen theilbare Objecte eintreten. Der alte ungetheilte Kanton Baſel hätte natürlich über das Schanzenterritorium in völlig beliebiger Weiſe verfügen, es nach Gutdünken auch verſchenken können. Daß man aber gleiches Recht dem Halbkanton Baſel-Stadt nach Beginn eines Rechtsſtreits und Anerkennung eines eventuellen Rechts von Baſel-Land habe einräumen wollen, das hätte deutlicher im Urtheil geſagt werden müſſen, wenn es dergleichen Abnormitäten hätte beſtimmen wollen *). Daß der Verfaſſer des Urtheils von 1833 das nicht wollte, erlauben wir uns zu ſeiner wiſſenſchaftlichen Ehre, trotz des Verfaſſers des Gutachtens von 1859, anzunehmen.

§. 17. Wollte aber Jemand trotz Allem ſagen, ich halte am Buchſtaben feſt; es ſteht einmal geſchrieben: daß das Recht von Baſel-Land zur Geltung kommt, wenn wirkliches Staatsvermögen vorhanden iſt, dem erwidert Rüttimann (III. S. 27.) mit Recht.

Schon durch den Beſchluß der Schleifung der Feſtungswerke iſt wirkliches Staatsvermögen gewonnen. Daß dieſes Terrain unmittelbar darauf zu andern öffentlichen Sachen, Straßen, Promenaden und dergl. benutzt wird, kann dieſe Thatſache nicht wieder umſtoßen. Es ſind hier eben der Idee nach drei Akte juriſtiſch zu ſondern, Aufhören der Qualität der Sache als einer öffentlichen, Entſtehen von fiscaliſchem Gut, Begründung einer neuen öffentlichen Sache.

Das ſcheint den Gegnern unerhörte Subtilität! Sie ſelbſt, welche das ſubtilſte Gewicht auf das Wort des Urtheils, Staatsvermögen, legen, glauben doch ſo etwas nicht dulden zu können.

*) Es erledigen ſich hiermit wie uns ſcheint auch die Bemerkungen Iherings S. 18—20.

Es sei doch viel einfacher anzunehmen, die Festungswerke (Keller Gutachten II. S. 5.) verwandelten sich in Promenaden, ohne je die Natur einer res extra commercium abzulegen.

Doch nicht das kann entscheiden, ob eine Ansicht sich als einfach darstellt, sondern das Kriterium muß sein, ob sie richtig ist.

Nun scheint uns der normale Zustand des Grund und Bodens, daß er Werthobject, Vermögensstück sei. Denn der Boden hat vermöge seiner innern Natur Werth und Brauchbarkeit für den Menschen. Es ist eine künstliche Annahme der Jurisprudenz, daß gewisse Theile des Territoriums keine Werthobjecte seien, keiner Werthschätzung unterliegen, es ist dies ein Ausnahmezustand der stets durch besondre Gründe gerechtfertigt werden muß.

Ein solcher Ausnahmezustand wird angenommen, wenn ein Territorium eine Festung bildet. Mit dem Moment, in welchem dasselbe aufhört eine Festung zu sein, hört dieser Zustand auf, die Sache ist Verkehrsobject geworden. Mag unmittelbar darauf ein neuer Ausnahmezustand begründet werden, oder mag dies später oder gar nicht geschehen, die Thatsache ist ein für allemal eingetreten.

Zu demselben Resultat führt folgendes Räsonnement. Festungswerke stehen nach dem Urtheil der Hauptsache nach in der Militärhoheit des Staates, diese Militärhoheit gestattet die Sache zu jedem militärischen Zweck zu benutzen und so über sie zu verfügen. Aber in Folge seiner Militärhoheit macht der Staat nicht aus der Festung Promenaden und Lustgärten; im Gegentheil muß er die exclusive Militärhoheit über dieselben bereits aufgegeben haben, und er legt jene Gärten nun an in seiner Eigenschaft als Eigenthümer respective in Folge der Expropriationsgesetze und in Folge seiner Polizeigewalt.

Mit andern Worten nicht als Festungswerke werden

die Schanzen zu Luſtgärten verwandelt, ſondern als gewöhnliches Inventarium, nachdem ſie grade jener Eigenſchaft entkleidet ſind.

Ihering *) theilt die hier vertheidigte Anſicht nicht. Aber ſeine Gegengründe möchten kaum entſcheiden.

Wenn, ruft er aus, auf einem öffentlichen Platz oder Weg bei einer Belagerung eine Schanze aufgeworfen wird, ſo müßte erſt die juriſtiſche Conſtruction den Grund und Boden dazu in Stand ſetzen? Wenn dies aber nicht nöthig, warum ſollte denn nicht auch aus einer Schanze unmittelbar ein öffentlicher Weg werden können?

Vor Allem wird durch das temporäre Aufwerfen einer Schanze bei einer Belagerung weder ein Privatgrundſtück zu einer res extra commercium, noch eine res extra commercium in eine andre Claſſe umgeſetzt. Vielmehr entſteht eine ſolche Umwandlung nur dann wenn der Staat dauernd die bisherige Rechtsſtellung beſeitigen und jene Sache in eine Feſtung umwandeln will. In dieſem Falle könnten wir aber allerdings annehmen, daß die ehemalige Straße mit dem Moment, in dem ſie dieſer Eigenſchaft entkleidet wurde, die Qualität einer res extra commercium verlor, um ſie zu anderm Zweck wieder zu gewinnen. Nur wird eine ſolche Zerlegung hier in der Regel ganz überflüſſig ſein, weil eine ſo genaue Betrachtung hier ſelten durch die Rechtsverhältniſſe gefordert wird.

Wie ſollten wir, fährt Ihering fort, die Sache zurechtlegen, wenn dieſe Veränderung im Laufe der Zeit von ſelbſt vor ſich ginge! Ich ſehe nicht ein wie ein Feſtungswerk ſich in eine Straße verwandeln kann, als durch den Willen des Staats. Denn es handelt ſich hier ja nicht darum, ob es faktiſch einem andern Gebrauch unterſtellt wird. Dieſer Wille

*) VII. S. 21.

kann freilich nicht nur ausdrücklich ſondern auch ſtillſchweigend durch Zuſtimmung zu einem veränderten Gebrauch eintreten. Aber immer wird man ſagen müſſen, ſowie die Schanze dieſe Eigenſchaft verliert, iſt ſie nichts andres als gewöhnliches Staatseigenthum und wird jetzt in neuer Qualität, aus neuem Grund res extra commercium. Was das beweiſen ſoll, daß in Rom auch ein locus publicus sacer werden konnte, iſt uns nicht deutlich, da dies ja über die Art, wie dieſer Hergang zu denken iſt, keinerlei Auskunft gibt. Und ebenſowenig relevant ſcheint uns die Frage, ob ſich im alten Rom und Germanien das Privateigenthum aus dem Staatseigenthum oder umgekehrt gebildet habe, denn es handelt ſich gar nicht um Gegenſatz von Privat- und Staatseigenthum, ſondern um den zwiſchen fiscaliſchen und öffentlichen Objecten des Staates.

§. 18. Die Gegner berufen ſich in ihren Gutachten ſo oft auf den geſunden Menſchenverſtand. Erlaube man auch uns dieſen vielberufnen und vielmißbrauchten Menſchenverſtand zu citiren. Wir legen ihm unſre Frage vor, ob Baſel-Stadt das Baſel-Land vorbehaltene Recht dadurch beſeitigen kann, daß es aus den ehemaligen Schanzen in ſeinem Intereſſe Straßen und zu Gunſten der Stadt Baſel Promenaden macht.

Uns ſcheint, unſer unpartheiiſcher Mann wird Baſel-Stadt für erſatzpflichtig erklären. Denn wird er ſagen, wenn es ſonſt Promenaden und dergl. anlegen wollte, ſo hätte es das Terrain kaufen müſſen. Jetzt nimmt es daſſelbe von den ehemaligen Feſtungswerken. Und: der Kanton Baſel-Stadt kann doch nicht zum Nachtheil von Baſel-Land die dieſem vorbehaltenen Anſprüche vereiteln!

Damit ſpricht er aber nur in einer ſehr einfachen und kunſtloſen Form aus, was die Jurisprudenz nur ſchärfer definirt, logiſch verknüpft hat und als Reſultat allgemein gültiger Abſtraction längſt verkündete.

Denn sie hat seit Jahrtausenden festgestellt, daß dann wenn der bedingt Verpflichtete den Eintritt einer Bedingung verhindert — die Bedingung als erfüllt gilt.

l. 24. D. de cond. et demonstr. 35, 1. Jure civili receptum est, quoties per eum cujus interest conditionem non impleri fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta conditio fuerit *).

Beispiel und Beleg unsrer römischen Quellen ist: ich kaufe eine Bibliothek unter der Bedingung, daß mir die Gemeinde einen Platz zu ihrer Aufstellung einräumt; ich selbst aber bin Schuld, daß mir ein solcher Platz nicht von der Gemeinde gegeben wird. Hier soll die Bedingung des Kaufs als erfüllt gelten; der bedingt verpflichtete Käufer kann nicht selbst den Contract vereiteln.

In dieser Bestimmung hat die Anforderung der bona fides und vernünftiger Behandlung der Verhältnisse einen Ausdruck schon zu einer Zeit gewonnen, als in Rom noch das jus strictum und eine starre Buchstabendoctrin herrschte. Und wir sollten sie heutzutage verleugnen.

Allerdings ist es ganz richtig, was Ihering S. 29. auseinandersetzt, daß diese Regel in allen Fällen nicht zutrifft, wo die Erfüllung der Bedingung dem Willen des Schuldners anheimgestellt werden sollte, daß sie nur bestimmt ist für Fälle, in denen der bedingt Verpflichtete auf eine dem Sinn des Vertrags zuwiderlaufende Weise die Erfüllung der Bedingung vereitelt.

Warum aber wird jener Rechtssatz gleichwohl allenthalben von den römischen Juristen unbedingt ausgesprochen, ohne

*) Vergl. auch Keller Pandekten S. 98. In drei Fällen wird die unerfüllte Bedingung als erfüllt fingirt ... b) wenn derjenige die Erfüllung verhindert, der aus der Nichterfüllung Vortheil zieht.

daß dieſe Beſchränkung beſonders zugefügt wird? Sollte ihnen dieſe natürliche Modification nicht klar geweſen ſein. Die Antwort liegt nicht fern. Für die Regel nahmen ſie in ihrem praktiſchen, natürlichen Sinne an, werden Rechtsgeſchäfte ernſt und feſt geſchloſſen, für die Regel iſt es nicht die Abſicht dem bedingt Verpflichteten die Frage in die Hand zu legen, ob er verpflichtet ſein wolle oder nicht. Als Regel alſo, für welche die Präſumtion iſt, konnten ſie unſern Satz aufſtellen.

Dieſe Regel muß auch hier angenommen werden, inſoweit die Geltendmachung des Rechts von Baſel-Landſchaft noch von Bedingungen abhängig gemacht wurde, da wir es mit einem ernſthaften Urtheil, nicht mit einem Carnevalsſcherz zu thun haben. Und daran kann uns auch nicht irre machen, daß es in dem erſten großen Hauptpunkt von dem freien Willen von Baſel-Stadt abhängt, ob überhaupt die Schleifung der Feſtungswerke ganz oder theilweiſe oder gar nicht eintreten ſolle *). Dieſen Punkt hat man von der Beſtimmung von Baſel-Stadt abhängig gemacht und machen können, weil in dieſer Frage Baſel-Stadt kein Baſel-Land geradezu zuwiderlaufendes Privatintereſſe hatte, im Gegentheil die Schleifung beiden Theilen pecuniäre Vortheile bot, welchen nur durch öffentliche Rückſichten das Gleichgewicht gehalten wurde. Daß das Urtheil noch weiter gegangen wäre und Baſel-Stadt ſogar in dem Punkt, in dem ſich die Intereſſen gradezu gegenüber ſtehen, völlig freie Wahl gegeben hätte, dies iſt nirgends im Urtheil enthalten, dies iſt nicht anzunehmen.

Jurisprudenz und geſunder Menſchenverſtand treffen alſo dahin zuſammen: Baſel-Stadt kann, wenn es einmal die Schleifung verfügt, nicht durch ſeine Beſchlüſſe und Handlungen den Eintritt des Rechts von Baſel-Land vereiteln. —

*) Keller II. S. 32.

§. 19. Auf alle Fälle wäre wenigſtens zu unterſcheiden zwiſchen Stadt- und Staatsſachen.

Der Kanton Baſel-Stadt iſt, wie unzweifelhaft feſtſteht, eine von der Stadt Baſel verſchiedene juriſtiſche Perſönlichkeit. Das Territorium des Katons Baſel-Stadt iſt nicht auf die Stadt Baſel beſchränkt. Stadt und Staat haben ihr beſondres Vermögen, ja ſoweit wir wiſſen, getrennte Verwaltung. Indem der Kanton die Feſtungswerke in Gärten, Promenaden oder andre Anlagen verwandelt — was Alles zu ſeinen öffentlichen Zwecken in keiner Beziehung ſteht, macht er der Stadt Baſel ein Geſchenk. Iſt er hierzu wirklich befugt.

Die Gegner bejahen dies vollſtändigſt. „Wenn, ſagt Ihering*), die öffentlichen Anlagen der Stadt Baſel nicht den Staat zum Subject haben, ſo iſt ja die Bedingung der Dispoſition 3., daß wirkliches Staatsvermögen begründet werden ſollte, gar nicht eingetreten, und der Anſpruch von Baſel-Land ceſſirt aus dieſem Grunde."

Wir müſſen es kaum wiederholen, daß daſſelbe geſagt werden könnte, wenn durch einen Beſchluß der Staatsgewalt des Kantons Baſel-Stadt das geſammte Schanzenterritorium an Private verſchenkt worden wäre; wirkliches Staatsvermögen würde hier noch weniger aufgezeigt werden können, als bei einer Verſchenkung an die Stadt.

Aber wenn alle früher aufgeführten Einwendungen nicht als zutreffend erachtet würden, müßte man nicht wenigſtens den Satz anwenden: species lucri est ex alieno largiri! **)

*) VII. S. 25.

**) l. 54. §. 1. D. de furtis 47, 2.

Schlußbemerkungen.

§. 20. Nach der Meinung Mancher unſerer Gegner ſind freilich alle Erörterungen und Unterſuchungen unſrer Streitſache, wie wir ſie bisher angeſtellt haben, vergebliches, überflüſſiges Bemühen. Schon im voraus halten ſie die Sache abgemacht.

Denn das Urtheil vom 19. November 1833, welches die Grundlage bildet für das Schickſal der ſtreitigen Feſtungswerke, wurde wie wir wiſſen gefällt von dem damaligen Obmann — und dieſer Obmann war Dr. F. L. Keller. Keller aber vertheidigt in den als II. und IV. bezeichneten Gutachten die Rechtsanſichten des Kantons Baſel-Stadt. Damit ſcheint jenen Reſpondenten der Sieg entſchieden. In dieſem Sinn äußert der Verfaſſer der Broſchüre Nr. V. S. 29 flgnde.:

„Wo es ſich um die Meinung eines gerichtlichen Erkenntniſſes handelt, wird nach gewöhnlichem Menſchenverſtande doch wohl der Verfaſſer des Urtheils derjenige ſein, der hierüber vor Allem zu entſcheiden und das Richtige zu wiſſen im Falle ſein ſollte... Soviel wird man gelten laſſen müſſen, daß den Manen des verewigten Kellers ein Schimpf angethan würde, wenn es gelänge darzuthun, daß die Keller'ſche Auslegung des Urtheils die unrichtige iſt. Keller iſt ſeinem juriſtiſchen Gewiſſen nie untreu geworden .. Den Verdacht (daß Keller bei Abfaſſung ſeines Gutachtens durch äußere Rückſichten ſich habe beſtimmen laſſen) auch nur zu äußern, wird Niemand wagen und doch entſtünde, wenn die von Herrn Profeſſor Rüttimann vertretne Anſicht die richtige wäre, dann die faſt ebenſo bedenkliche Alternative, daß Keller im Jahre 1859 nicht mehr recht gewußt, welcher Meinung er im Jahre 1833 geweſen und er ſein eignes Urtheil nicht mehr verſtanden oder zu verſtehen nicht mehr fähig geweſen ſei. Bei dieſem Dilemma bleibt eben nichts andres übrig, als ein drittes anzunehmen, daß Keller im Jahr 1833

und im Jahre 1859 ſich gleich geblieben und daß er, der ſeine eignen Anſichten am beſten verſtund, dieſelben ſpäterhin auch richtig auszulegen wußte."

Fern ſei es uns, die Manen Kellers anzutaſten. Aber uns ſcheint, Keller hätte, wenn er dergleichen geleſen hätte, mit heimlichem Spott auf ſolchen naiven Autoritätsglauben herabgeblickt, auch wenn er äußerlich nichts dagegen eingewendet hätte.

Baſel-Landſchaft hat ſich Keller im Jahre 1833 als Richter unterworfen, ſollte es um deßwillen an Entwicklungen, die er Jahrzehnte ſpäter als Gelehrter abgibt, gebunden ſein. Handelt es ſich doch jetzt nicht um Fragen, die ausdrücklich und unzweideutig im Urtheil entſchieden ſind — dann bedürfte es ja nicht der Autorität Kellers — heute ſollen Conſequenzen aus Wort und Sinn des Urtheils gezogen, Ergänzungen im Gewand der Interpretation vollzogen werden.

Das römiſche Recht verfügt, daß der Prätor zwar die einmal gefällte Sentenz nicht weiter abändern dürfe, daß er hingegen Nachträge, welche nichts bilden als die Conſequenz ſeines Urtheils, die aber im Moment des Spruchs noch fehlten, ergänzend hinzufügen könne. Dies aber nur, wenn es an dem gleichen Tage geſchieht *).

So kurz beſchränkt alſo ein Recht, dem praktiſches Verſtändniß Niemand abſprechen wird, die Befugniß der Obrigkeit, Nachträge zu einem Urtheil zu machen, Keller aber ſoll ſeine ſchiedsrichterliche Gewalt noch 26 Jahre fortſetzen können. An dem gleichen Tage, nahmen die Römer an, iſt beim Urtheilsverfaſſer der Grundgedanke ſeines Urtheils noch ſo lebendig, daß die Conſequenzen, die er jetzt noch zieht, gleichſam als im Urtheil begriffen, wenn auch damals nicht ausgedrückt

*) l. 42. D. de re judicata 42, 1.

gelten; mit jedem Tage weiter aber fanden ſie, ändert ſich dies Verhältniß. Dieſe Auffaſſung iſt gewiß noch heute die richtige.

Es iſt ein Irrthum zu glauben, daß Keller bei der Interpretation ſeines dereinſt gefällten Urtheils, andre Mittel zur Auslegung zu Gebote geſtanden haben, als jedem Andern, der daſſelbe zum Object ſeiner Unterſuchung macht. Sechs und zwanzig Jahre lang hatte Keller nicht die geringſte Veranlaſſung, auf die Einzelheiten ſeines Urtheils und die Umſtände und Gedankenreihen, die es hervorriefen, zurückzugehen, er konnte die Sache als eine abgethane betrachten, dieſer einzelne Spruch trat ſelbſt als er gefällt war, in der Menge der übrigen gleichzeitigen Geſchäfte nicht als beſonders auffallend hervor. Wie viele andre wichtige öffentliche und Privatverhältniſſe waren gleichzeitig, waren ſpäter zu ordnen und zu ſchlichten, wie viele Angelegenheiten haben ſeitdem das Leben Kellers berührt? Seine Anſichten und wiſſenſchaftlichen Meinungen haben ſich zum Theil ihm ſelbſt unmerklich verändert und modificirt. Nur durch ein pſychologiſches Wunder ließe ſich erklären, wenn Keller ſich nach 26 Jahren ganz in die geiſtige Vorſtellung zurückverſetzen konnte, die er vor ſo langer Zeit hatte. Es wäre dies höchſtens anzunehmen, wenn er durch ein Wort, das Verhältniß der ſich wechſelſeitig modificirten Beſtimmungen des Urtheils in ein helles klares Licht geſetzt hätte, ſo daß Jeder hätte ſagen müſſen, hier liegt des Räthſels Löſung. Dies aber iſt grade entſchieden nicht der Fall.

Doch zu Kellers Ehre ſei es geſagt — und wer könnte etwas Andres von ihm erwarten, — er ſpielt nirgends den Inſpirirten, nirgends erhebt er die Prätention, beſondre Quellen der Erkenntniß für ſein Urtheil zu haben. Er verſucht daſſelbe als ein objectiv Gegebnes auszulegen. Hätte er die Sache anders aufgefaßt, hätte er geglaubt ſein Richteramt fortzuſetzen, eine authentiſche Interpretation zu geben,

ſo wäre er ſicherlich nicht auf Anrufen einer Parthei in den Streit eingetreten, in dem er als Richter zu fungiren hätte! —

Unſre Bemerkungen treffen alſo hauptſächlich nur den Chorus der von Keller Begeiſterten.

Reſultat.

Durch die bisherigen Erörterungen glauben wir dargethan und hinlänglich rechtlich erhärtet zu haben:

I. Der in dem Urtheil vom 19. November 1833 zu Gunſten des Kantons Baſel-Landſchaft inſerirte Rechtsvorbehalt war nicht ein Geſchenk Seitens des Richters, nicht ein Produkt unmotivirter Billigkeit, ſondern beruhte auf juriſtiſcher Nothwendigkeit und wurde nur in dieſem Sinn im Urtheil zu Gunſten von Baſel-Landſchaft zugefügt.

II. Die Vorausſetzungen unter denen dieſes Recht von Baſel-Landſchaft zur Geltung kommt, ſind

a) der Beſchluß Seitens der zuſtändigen Behörde von Kanton Baſel-Stadt, daß die Feſtungswerke ihres bisherigen Charakters entkleidet werden.

b) Beſtehen eines Ueberſchuſſes des Territorialwerths über die Koſten der Schleifung und Ausebnung jener Werke.

III. Es lag nicht in der Abſicht des angeführten Urtheils, daß das Recht des Kantons Baſel-Landſchaft dann beſeitigt werde, wenn der Kanton Baſel-Stadt durch ſeine freie Dispoſitionsakte, wie Verwandlung in Promenaden, Schenkungen, das ehemalige Schanzenterrain dem fiscaliſchen Eigenthum entzieht.

IV. Im Fall ſolcher Dispoſitionsakte iſt anzunehmen, daß das ehemalige Feſtungsterrain ſich im Momente des Uebergangs

zu neuer Beſtimmung im fiscaliſchen Eigenthum des Staates befand und daß alſo in dieſem Augenblick das Recht von Baſel-Landſchaft Antheil zu nehmen bereits entſtand.

V. Wenn der Kanton Baſel-Stadt durch ſeine freien Handlungen den Eintritt des dem Kanton Baſel-Land für den Fall der Schleifung der Feſtungswerke vorbehaltnen Rechts verhindert, ſo iſt er nach allgemeinen Grundſätzen ebenſo verpflichtet, wie wenn die Bedingungen jenes Rechts wirklich eingetreten wären.

Halle, den 3. Auguſt 1862.

Dr. H. Dernburg,
ord. Profeſſor der Rechtswiſſenſchaft
an der Univerſität Halle.

Anhang.

Urtheil des Schiedsgerichtes

vom 19. November 1833.

In Sachen u. ſ. w. hat das Schiedsgericht über die Rechtsfrage:

Ob und inwiefern die um die Stadt Baſel befindlichen Feſtungswerke, Schanzen, Gräben und Zubehörde zu dem in Theilung fallenden Staatsvermögen gehören, und dem diesfälligen Inventar einzuverleiben ſeien?

nach Anhörung der beiderſeitigen Vorträge und Prüfung der eingelegten Acten

und in Erwägung:

1) daß unter den Gegenſtänden, über welche dem Staat das Recht der Verfügung und des Gebrauchs zukommt, ein weſentlicher Unterſchied beſteht zwiſchen ſolchen, welche als einfaches fiscaliſches Eigenthum erſcheinen, und in dieſer Eigenſchaft gleich jedem Privat-Eigenthum dem bürgerlichen Verkehr unterliegen, oder deſſelben wenigſtens fähig ſind, — und ſolchen, welche nach Weſen und Individualität in Rückſicht auf Verfügung, Veräußerung, Nutzung, kurz in jeder Beziehung dem bürgerlichen Verkehr entzogen und deſſelben unfähig ſind, und nur durch Aufhebung ihres Weſens und ihrer Individualität zum Gegenſtande deſſelben werden können; —

2) daß in die erſtere Klaſſe z. B. das dem Staat gehörende baare Geld und alle anderen gewöhnlichen Vermögensſtücke, in die zweite dagegen anerkannter Maßen und nach allgemeiner Anſicht z. B. die öffentlichen Gewäſſer, Straßen, Brücken u. dgl. gehören; —

3) daß nun dem eigentlichen Eigenthum oder Vermögen des Staates bloß die Gegenſtände der erſten Art beigezählt werden können, bei denjenigen der letzteren hingegen ſich das Recht des Staates vielmehr zu einem reinen Hoheitsrecht geſtaltet; —

4) daß ſonach da, wo es ſich um eine Theilung des Staatsvermögens, als welche ihrer allgemeinen rechtlichen Natur nach ſelbſt eine Handlung des bürgerlichen Verkehres iſt, handelt, einzig die Gegenſtände der erſteren Klaſſe in Anſchlag kommen dürfen, wogegen die letzteren mit allen anderen dem Staat zuſtehenden Hoheitsrechten von ſelbſt und ohne weder einer Schatzung noch einem ſonſtigen Act des Theilungsverkehrs zu unterliegen, an denjenigen Theil, in deſſen Gebiet ſie ſich befinden, übergehen; —

5) daß nun Schanzen und andere Feſtungswerke der Hauptſache nach in die zweite der angeführten Klaſſen gehören, indem ſie, ohne ihre ganze Natur und Weſen, wonach ſie zunächſt zum Schutz der anliegenden Oertlichkeit beſtimmt ſind, abzulegen, nicht als Gegenſtand des bürgerlichen Verkehrs weder in Beziehung auf Theilung, noch auf anderweitige Veräußerung, noch auf Benutzung, gedacht, folglich auch nicht in einem Tauſch- oder Geldwerth ausgedrückt werden können; —

6) daß dieſe rechtliche Natur der Feſtungswerke ſich auch durch den Umſtand, daß dieſelben ganz oder theilweiſe durch den geſammten Kanton Baſel, mithin auch durch Bei-

träge der Landschaft errichtet und unterhalten wurden, um so weniger ändert, als selbst bei den anerkannten Theilungs-Objekten die Art ihrer Entstehung und das Verhältniß der von dem einen oder anderen der jetzigen Kantonstheile geleisteten Beiträge laut früheren Urtheilen außer alle Berücksichtigung fällt; —

7) daß aber die im Streite liegenden Festungswerke, wenn gleich nicht in der Hauptsache, doch auf untergeordnete Weise, in einer gedoppelten Beziehung auf den bürgerlichen Verkehr gedacht, und insoweit auch bei der Aufzählung und Theilung des Staatsvermögens in eine gewisse Berücksichtigung gezogen werden müssen, indem namentlich

   a. es möglich und wirklich der Fall ist, daß einzelne Theile der Schanzen, Gräben u. dergl., unbeschadet ihrer wesentlichen Bestimmungen und unabhängig von derselben, einen gewöhnlichen Ertrag und Nutzen, ähnlich ordentlichen Vermögensstücken abwerfen, und so eines gewissen privatrechtlichen Verkehrs fähig werden;

   b. es nicht bloß als denkbar, sondern nach vielfachen Erfahrungen der neueren Zeit als eine naheliegende Möglichkeit erscheint, daß Festungswerke geschleift, und die dazu gewidmeten Grundstücke in gewöhnliche Vermögensstücke verwandelt, und zum Gegenstand des bürgerlichen Verkehrs gemacht werden; —

8) daß nun in der ersteren Beziehung (litt. a.) der fragliche Ertrag nach seinem Durchschnittswerth geschätzt, und in einem Kapitalbetrag oder sonst dem Inventar als Gegenstand der Theilung einverleibt werden muß, wobei wohl solche Unkosten, welche allfällig für wirkliche Hervorbringung und Perception jenes Nutzens besonders erlaufen, nicht aber diejenigen, welche die allgemeine Erhaltung der

Festungswerke in dem für ihre Hauptbestimmung erforderlichen Zustand mit sich bringt, in Abrechnung fallen; —

9) daß in der zweiten Rücksicht (litt. b.) zwar einerseits die bezeichnete Möglichkeit des Uebergangs in wirkliches Staatsvermögen im Ganzen näher als bei anderen dem Verkehr entzogenen Gegenständen liegt, sonach dieselbe bei der gegenwärtigen Theilung allerdings nicht außer Acht gelassen werden darf, anderseits aber es nach der gegenwärtigen Lage der Acten durchaus unmöglich ist, den Grad der Wahrscheinlichkeit jener Veränderung so zu berechnen, daß daraus ein bestimmtes, in einem Geldwerth auszudrückendes Resultat gezogen werden könnte; —

10) daß folglich in dieser Beziehung nichts anderes übrig bleibt, als dem Kanton Basel-Landschaft auf jenen möglichen Fall hin seine Rechte so, wie wenn derselbe schon jetzt eingetreten wäre, vorzubehalten; es wäre denn, daß die Parteien sich diesfalls schon jetzt anderweitig verständigen könnten; —

11) daß endlich die in dem Obigen ausgesprochenen Ansichten sowohl mit der Aussteurungsurkunde von 1803 als mit dem Tagsatzungsbeschluß vom 26. August 1833 in völligem Einklang stehen, indem namentlich die erstere nach ihrer ganzen Fassung die Verfügung über die Festungswerke mit der Pflicht der Unterhaltung derselben der Regierung von Basel keineswegs als ein Vermögensrecht des Staates zutheilte, sondern dabei vielmehr von der Ansicht ausging, es könne mit Beziehung auf eine Militär-Anstalt dieser Art Beides nicht den Municipal-Behörden, sondern nur der Landesregierung, in deren Kreis sie sich befindet, zustehen: —

bei getheilten Stimmen der Schiedsrichter durch Entscheid des Obmanns erkannt:

1) Es ſtehe die Verfügung über die fraglichen Feſtungswerke fortan einzig dem Kanton Baſel-Stadtheil zu, und ſeien dieſelben ſonach ihrer Subſtanz nach von dem Inventar des in Theilung fallenden Staatsvermögens ausgeſchloſſen;

2) Sei der in Erwägung 7. und 8. erwähnte Ertrag abzuſchätzen und auf das Inventar zu tragen, wobei über Umfang und Berechnung deſſelben allfällig weitere Parteiverhandlungen Statt finden mögen;

3) Sei auf den Fall, daß durch die zuſtändige Behörde des Kantons Baſel-Stadtheil die Schleifung der Feſtungswerke verfügt, und dadurch nach Abzug der Koſten wirkliches Staatsvermögen begründet werden ſollte, dem Kanton Baſel-Landſchaft ſein Recht, daran in gleichem Verhältniß, wie bei der gegenwärtigen Theilung des Staatsgutes, Antheil zu nehmen, vorbehalten, es wäre denn, daß ſich die Parteien diesfalls ſchon jetzt durch freiwilliges Einverſtändniß abfinden würden;

4) Sei dieſes Urtheil beiden Parteien in ſchriftlicher Ausfertigung mitzutheilen.

Druck von Ed. Heynemann in Halle.

Im **Pfefferschen Verlage** in **Halle** erschienen:

Magistri Ricardi Anglici ordo judiciarius. Ex codice Duacensi olim Aquicinctino nunc primum editus per Carolum Witte. 4 maj. $1^1/_3$ Thlr.

Das Saechsische Landrecht nach der Quedlinburger Pergamenthandschrift herausgegeben (mit Einleitung, Inhaltsübersicht etc.) vom Prof. Dr. Gorschen. Mit einem Facsimile der Handschr. gr. 8. $^2/_3$ Thlr.

Das Jus Postliminii und **die Fictio Legis Corneliae.** Eine rechtshistorische Abhandlung von Dr. Hasse. gr. 8. 1 Thlr.

Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Von Dr. Herm. Witte. gr. 8. $1^2/_3$ Thlr.

Alkibiades, der Statsmann und Feldherr. Nach den Quellen dargestellt von Dr. Herzberg. gr. 8. $1^5/_6$ Thlr.

Geschichte der Erziehung, des Unterrichts und der Bildung bei den Griechen, Etruskern und Römern. Von Dr. Krause. gr. 8. $2^1/_3$ Thlr.

Homerische Forschungen. Von E. W. Osterwald. 1. Thl.: Hermes-Odysseus. Mytholog. Erklärung der Odysseus-Sage. gr. 8. 1 Thlr.

Ueber die Dionysiaka des Nonnus von Panopolis. Von Dr. Köhler. gr. 8. $^2/_3$ Thlr.

Das Theseion und der Tempel des Ares in Athen. Eine archäologisch-topographische Abhandlung von Prof. Dr. Ludwig Ross. Mit 1 Plane. gr. 8. $^4/_5$ Thlr.

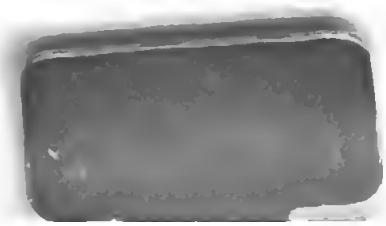
Altlatinische Chorographie und Städtegeschichte. Von Dr. Bormann. M. 1 Karte u. 8 Plänen. gr. 8. 2 Thlr.

Das Leben des Horaz und sein philosophischer und sittlicher Charakter. Von A. Arnold. (Gymn. Dir.). gr. 8. $^4/_5$ Thlr.

Geologische Wanderungen durch Wallis, Vivarais und Velay. Vom Prof. Dr. Girard. 2. Aufl. gr. 8. 1 Thlr.

Druck von Ed. Heynemann in Halle.

5
12



Digitized by Google